

Neue Revision

der

Grundbegriffe des Criminalrechts

von

C. R. Köstlin,
Doctor und Professor der Rechte.

Tübingen, 1845.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Dem

scharfsinnigen und gelehrten Kommentator

des

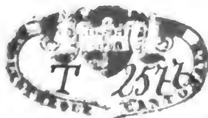
Wirtembergischen Strafgesetzbuchs,

Herrn

Dr. C. F. v. Hufnagel,

Direktor des K. Gerichtshofs zu Tübingen, Ritter des Ordens der Würtemb. Krone,

in dankbarer Verehrung



gewidmet.

Vorrede.

Was der Verfasser über Zweck und Tendenz der vorliegenden Schrift etwa vorläufig zu bemerken hätte, findet sich in der einleitenden **Vorbemerkung** ausführlich dargestellt, da es bei der Tendenz dieses Buches gerathen schien, solches nicht blos rhapsodisch anzuführen, sondern dem Werke selbst als vorbereitende und für das Weitere die Stimmung angebende Introduktion einzuverleiben.

Daraus wird sich zugleich von selbst der Grund ergeben, der den Verfasser bestimmte, zunächst zum Behufe seiner Vorlesungen, bei welchen dem philosophischen Elemente nur ein sehr spärlicher Raum verstattet ist, diese ausführliche Arbeit zu unternehmen. Die Erfahrung hat es ihm zum Bedürfniß gemacht, den sogen. allgemeinen Theil des Strafrechts auf diese Weise zu behandeln und darauf eine Geschichte des positiven Strafrechts folgen zu lassen, worin gezeigt wird, wie der gleiche Stoff im römischen, kanonischen und deutschen Rechte sich bis zur Entwickelung der neuen Strafgesetzgebungen herab historisch ausgebildet hat. Diese Geschichte hofft er demnächst als zweiten Theil zu dem vorliegenden Werke nachliefern zu können. Als

dritter Theil wird endlich eine dogmatische Darstellung des Wirtembergischen Strafrechts, mit Hinweisung auf die verwandten und abweichenden Bestimmungen der übrigen neuen deutschen Strafgesetzgebungen folgen, da der Verf., in Uebereinstimmung mit Kanzler v. Wächter, es für zweckmäßiger hält, ein bestimmtes partikuläres Strafrecht zum Centrum zu machen, als aus allen partikulären Rechten zusammen eine Abstraktion zu liefern, bei welcher zuerst die dem Rechtsbegriffe vor Allem nöthige Bestimmtheit verloren gehen müßte, ganz abgesehen davon, daß eine gründlich gleichmäßige Behandlung aller partikulären Rechte, vorläufig wenigstens, zu den Unmöglichkeiten gerechnet werden muß.

Aus diesem Plane wird man ersehen, daß der Verf. es keineswegs darauf abgesehen hat, das spekulative Element auf Kosten des geschichtlichen zu bevorzugen. Er glaubt nur, daß man erst ein solides Fundament legen müsse, ehe man weiter darauf bauen will; und von einer wissenschaftlichen Behandlung ohne philosophische Grundlegung hat er keinen Begriff.

Tübingen, den 23. Okt. 1844.

Der Verfasser.

Aufriß des Systems,

zugleich als

Inhaltsübersicht.

Vorerinnerung.

Wenn im folgenden eine Revision der Grundbegriffe des Strafrechts unternommen wird, so mag der Titel immerhin an das berühmte Werk des großen Kriminalisten erinnern. Nicht als ob der Verfasser seine Kräfte überschätzend, sich jenem an die Seite setzen wollte; sondern insofern, als in dem zeitlichen Entwicklungsstadium der Wissenschaft ähnliche Vorbedingungen zu einem solchen Unternehmen zu liegen scheinen, wie es zur Zeit der Fall war, als Feuerbach mit der gedachten Schrift hervortrat.

Damals handelte es sich davon, der durch Kant begründeten und durch Fichte ausgeführten Grundansicht über göttliche und menschliche Dinge auch in die Rechts- und besonders die Strafrechtswissenschaft Eingang zu verschaffen und diese hiemit in das Ganze eines alles Wissen umfassenden Systems als Glied einzuführen. Bedenkt man den damaligen Zustand der kriminalistischen Doktrin, so leuchtet die Kühnheit und Verdienstlichkeit des Unternehmens ein. Zwar hatte bereits Kant selbst in seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtswissenschaft eine Grundlegung des Rechts und namentlich auch des Strafrechts gegeben; es hatten die dortigen Aussprüche des großen Denkers bereits Nachbeter und Jünger gefunden. Aber einerseits ist es heutigen Tags jedem Kundigen klar [1]), daß eben die Kantischen Aussprüche

1) Schon i. J. 1799 hat dies Feuerbach ausgesprochen. Revision I. S. 35. Anm.

über das Strafrecht, so tief sie an sich sind, doch mit den Principien seiner Philosophie überhaupt keineswegs harmonirten, ja mit denselben in geradem Widerspruch standen, daher auch alle diejenigen, die mit Berufung auf Kant sogenannte absolute Strafrechtstheorieen aufstellten, ein von vornherein erfolgloses Unternehmen versuchten und den breiten Platz nicht verdienen, der ihnen noch in unsern Tagen in eigenen Schriften über die Geschichte der Philosophie des Strafrechts, wie in den Lehrbüchern bei Gelegenheit der Darstellung der Strafrechtstheorieen eingeräumt zu werden pflegt. Andrerseits waren alle diese Darstellungen selbst Neuerungen, die bei den damaligen Juristen von Profession in ebenso schlechtem Kredit standen, als wenn sie besser gewesen wären. Die Doktrin des Tags beruhte vielmehr damals auf der bekannten, pedantisch seichten, behaglich aufgeklärten, mit ihrer eigenen Oberflächlichkeit liebäugelnden Weltansicht, wie sie sich als Produkt der Wolffischen Formular- und Popularphilosophie über die gebildete Welt ausgebreitet hatte.

Feuerbach war es nun, der den entscheidenden Wurf that, indem er die wahre Konsequenz der Kantischen Gedanken energisch aussprach und zum System ausführte. Er gerade, mit seiner Freiheitslehre, worauf er die Theorie vom psychologischen Zwange gründete, hatte das punctum saliens getroffen, womit die Wissenschaft des Strafrechts zu einem ächten Ausfluß derjenigen Philosophie wurde, welche damals die vorwärtsschreitenden Geister bewegte und Jahrzehnte nachher als öffentliche Meinung in die Masse durchdrang. Zwar pflegt dies in den herkömmlichen Darstellungen der Strafrechtstheorieen nicht anerkannt zu werden. Nur Abegg und Roßhirt, unseres Wissens, sprechen die epochemachende Bedeutsamkeit Feuerbachs mit Entschiedenheit aus, während sonst die Darstellung der Feuerbachischen Lehre unter der Menge der relativen Theorieen nur eben auch so mitläuft. Allein das ist

eben die leidige Folge davon, daß man bei den fraglichen Darstellungen noch immer den Gebrauch hat, nach ganz äusserlichen, entweder bloß formalistischen, oder gar chronologischen Eintheilungsprincipien zu verfahren, während man doch endlich gelernt haben sollte, daß die Geschichte der Philosophie, somit auch die der Philosophie des Strafrechts als Geschichte eines organischen Lebens behandelt werden muß. Wer nun die seit fünfzig Jahren erschienenen Strafrechtstheorieen in diesem Sinne betrachtet und in ihrem Zusammenhang mit der allgemeinen Geschichte der Philosophie durchdacht hat, für den ist Feuerbach nicht bloß der leicht abzufertigende Erfinder einer relativen Theorie neben einer ganzen Reihe andrer scharfsinnigen Leute; vielmehr verehrt er in ihm, wenn er gleich — oder vielmehr gerade weil er die Feuerbachische Lehre für eine in ihrer Totalität schneidend einseitige und unwahre erkennt, gleichwohl den kühnen und großartigen Begründer einer neuen Epoche für die Philosophie des Strafrechts, der für seine Zeit selbst vor Fichte den Vorrang gewann, und nur an Grolman einen Nebenbuhler hatte.

Will man aber auch von dieser philosophischen Bedeutung Feuerbachs absehen, so ist doch so viel gewiß und allgemein bekannt, daß seine Ansichten fast bis in unsre Tage herab die Praxis beherrscht haben, ja daß sie, wenn auch nicht in ihrer scharfen Einseitigkeit, ein sehr bedeutendes Ingrediens der neueren Strafgesetzbücher geworden sind, und zwar auch derer, die den Feuerbachischen Ursprung ihrer Grundsätze zu ignoriren sich das Ansehen geben.

Wenn nun aber gleich selbst diese neuen Gesetzbücher, nach denen fortan eine neue Praxis sich bilden wird, noch als Niederschläge Feuerbachischer Gedanken zu betrachten sind, so muß doch anerkannt werden, daß die von Feuerbach begründete Epoche ihr Ende erreicht hat. Und eben darin

liegt der Grund, warum jetzt eine neue Revision der Grundbegriffe der Strafrechtswissenschaft am Platze ist.

Gerade dies, daß die Feuerbachische Ansicht aus der Schule in's Leben übergetreten und Gemeingut der allgemeinen Bildung geworden ist, muß als Zeichen betrachtet werden, daß sie sich wissenschaftlich überlebt hat. In der That zeigt sich dies auch nach einer doppelten Richtung hin. Einmal ist es nämlich bekannt, daß die von Feuerbach zuerst mit philosophischer Dignität hingestellte Tendenz[1]), das Strafrecht auf einen Zweck zu gründen, nach und nach eine Menge ähnlicher Versuche hervorgerufen hat, wodurch andre relative Momente der Strafe an's Licht gezogen wurden, und zwar eben so viele, daß sich kein weiteres mehr auffinden läßt. Es war natürlich, daß sich diese verschiedenen relativen Theorien untereinander befeindeten; es ist aber schon sonst bemerkt worden, wie sie gerade in der Vollständigkeit ihrer Zahl ebenso die Aufhebung ihrer Einseitigkeiten, als die Anerkennung ihrer Wahrheit in ihrer Totalität erfahren. Ja, nicht nur andre relative Theorien sind der Feuerbachischen gefolgt, sondern unter den zur Vollständigkeit der Entwicklung nothwendigen ist auch ein Ueberfluß von solchen aufgetaucht, die vom einen dies, vom andern jenes nahmen, — ganz zu schweigen von denen, die den auf Gedanken unmöglich zu reducirenden Versuch machten, die von Kant aufgestellte sogenannte absolute Theorie mit einer oder gar mehreren relativen Theorien zusammen zu leimen. Zeigt sich somit die Feuerbachische Periode auf der einen Seite als eine vollständig erschöpfte, in dem doppelten Sinne, daß sie Alles herausgesetzt hat, was in ihrem Principe lag, und daß sie eben hierüber in Erschöpfung verfallen ist, so entspricht

1) Die oft wiederholte Behauptung, daß Feuerbach in der Sache selbst nichts Neues gesagt habe, zeugt nur davon, daß die, welche sie aussprechen, kein spekulatives Bewußtsein haben.

nun andrerseits diesem Vergehen auch ein Entstehen. Die Wissenschaft nämlich hat die gedachte Periode der Erschöpfung nicht abgewartet, sondern schon ziemliche Zeit vorher für eine neue positive Geburt gesorgt, welche in Hegels Rechtsphilosophie hervortrat.

Zwar ist nun die epochemachende Bedeutung dieser Philosophie bei den meisten Juristen in unsern Tagen noch eben so wenig zum Bewußtsein gekommen, als dies zu Feuerbachs Zeiten mit der Kantischen der Fall war. Im Gegentheil findet man in den mehrgedachten Darstellungen der Strafrechtstheorien in der Regel die Hegel'sche mit den Aeußerungen Kants und seiner unmittelbaren Nachtreter nur ebenso zusammengestellt, als suchten beide Philosophen denselben Inhalt nur in verschiedener Form darzustellen; und Herr Henrici[1]) ist noch überdies der Meinung, daß sich die Lehre Hegels niemals eines solchen Einflusses auf die Praxis zu erfreuen haben werde, wie sich dessen die Kantische zu rühmen gehabt habe. Allein solche Ansichten beweisen nur die Unzulänglichkeit ihrer Urheber in philosophischen Dingen und ihre Unfähigkeit, Gedanken in ihrem Werthe eher zu erkennen, als sie nicht in die allgemeine Bildung übergegangen und zur Scheidemünze leichtfaßlicher Vorstellungen ausgeprägt worden sind.

Daß nun aber mit der letzten entschiedenen Gestaltung der Philosophie in der That eine neue Epoche auch für die wissenschaftliche Begründung des Strafrechts eingetreten sei, dafür genügt es, auf den Hauptpunkt hinzuweisen, — auf die neugewonnene Einsicht in das Wesen des Staates. Wirklich ist es ein erfreuliches Zeichen, daß diese Einsicht, so sehr man auch von verschiedenen Seiten her gegen ihren Begründer zu eifern gewohnt ist, doch täglich mehr ins gemeine Bewußtsein sich einzuleben anfängt, womit die Empfänglichkeit für die

1) Ueber die Unzulänglichkeit eines einfachen Strafrechtsprincips. 2te Aufl. S. 60. Vgl. Hepp Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtstheorieen. 2te Aufl. Vorrede. S. VII.

dadurch bedingte Auffassung des Strafrechts von selbst sich verbreitet. Freilich gehört zu dem Vielen, was die herkömmlichen Darstellungen der Strafrechtstheorieen in der Regel vermissen lassen, auch dies, daß auf jenen Hauptpunkt meist am wenigsten oder gar keine Rücksicht genommen wird, was freilich mit davon herrührt, daß die meisten Verfasser solcher Darstellungen noch selbst innerhalb des Kantischen Gedankenkreises stehen oder Eklektiker sind, und deshalb entweder bei den früheren Strafrechtstheorieen kein Bedürfniß fühlen, einen Punkt zu untersuchen, den sie mit den Begründern dieser Theorien gemein haben, der sich ihnen auch wohl von selbst zu verstehen scheint, oder aber im zweiten Falle nicht einmal ahnen, daß die Ansicht über das Wesen des Staates gerade der Hauptpunkt ist, von dem aus allein eine wahre Strafrechtstheorie (d. h. eine wirklich gedachte, nicht bloß, wie es allerdings mehrere giebt, in zusammengewürfelten Vorstellungen sich herumtreibende) verstanden und beurtheilt werden kann.

Jedem Denkenden ist es nun klar, daß — mit Ausnahme der schon berührten Kantischen Darstellung und ihrer Filialausführungen — fast alle bis in die neuere Zeit hervorgetretenen wahrhaften Strafrechtstheorieen ganz und durchaus in der Kantisch-Fichtischen Ansicht vom Staate wurzeln, in der Ansicht nämlich, welche, die Substantialität des Staats nicht anerkennend, denselben zum Produkt des Ichs und dieses zur Allgemeinheit macht. Auch die Eklektiker, die sich über das Wesen des Staats nur nebenher aussprechen und diesen als gegeben annehmen, ruhen endlich durchgängig auf jenem Resultate des subjektiven Idealismus, welches auch in der That bis in die neuere Zeit herein die Vorstellungen der meisten Gebildeten beherrscht hat. Eben nur in jener Ansicht von Recht und Staat überhaupt liegt der Schlüssel zu den Begründungen des Strafrechts, wie wir sie von Fichte, Feuerbach, Grolman, Gros u. A. haben. Aber freilich sieht man nur zu häufig

dieses Licht unter den Scheffel gestellt, und vor dem abgedroschenen Gerede über relativ und absolut, Rechtsgrund und Zweck, oder, wie man neustens vollends variirt, nächstem Zweck, Mittelzweck und Endzweck, und was dergleichen untergeordnete Gesichtspunkte mehr sind, vergißt man gerade das, was einem zuerst einfallen sollte!

Sobald man dem Staate die Substantialität abspricht und ihn zu einem Produkte des Ichs macht, oder, um den prägnanten Ausdruck Fichtes zu gebrauchen, sobald man das Recht als einen bloß technisch-praktischen Begriff nimmt, so versteht es sich ganz von selbst, daß man auch das Strafrecht nur aus dem Vertragsprincip ableiten und die Strafe nicht als eine an und für sich seiende, sondern nur als eine relative, d. h. durch einen anderweitigen Zweck bedingte Nothwendigkeit rechtfertigen kann. Zwar pflegt man, wenn von der Ableitung aus dem Vertragsprincipe die Rede ist, in der Regel nur an Fichte und seinen Abbüßungs- und Besserungsvertrag zu denken, während einem bei dem andern Moment der Zweckbeziehung, Feuerbach, Grolman u. s. w. auf die Lippen kommen. Allein auch Feuerbach z. B. deducirt ganz nur aus dem Vertragsprincip, wenn er sich bemüht, die Vereinbarkeit der Strafandrohung mit der rechtlichen Freiheit der Individuen nachzuweisen; andrerseits liegt in Fichtes Theorie das Zweckmoment nur etwas weniger handgreiflich zu Tage, als bei den Uebrigen. Eben deshalb aber, weil die sogenanten relativen Theorien so wesentlich auf der Theorie vom Staatsvertrag beruhen, leuchtet auch die Verkehrtheit ein, welche darin liegt, wenn man Kants Begründung des Strafrechts gutmüthig neben seiner Grundansicht vom Staate hinnimmt, als wäre beides in voller Harmonie, wie dies neustens wieder Henrici gethan hat, oder wenn man gar, wie derselbe thut, diese Grundansicht (wenn auch mit unwesentlichen Modifikationen) adoptirt und darauf die absolute Nothwendigkeit der Strafe propft, ohne

einzusehen, daß eins der beiden Momente nothwendig das andre zum Fenster hinauswerfen muß.

So sehr nun aber jene Grundansicht des subjektiven Idealismus von Recht und Staat bisher die Menge beherrscht hat und größtentheils noch beherrscht, so gewiß ist es andrerseits, daß die Wissenschaft darüber hinausgeschritten ist, und es ist nicht das geringste Verdienst der historischen Schule, daß sie diese Umwandlung vorbereitet und, wenn auch wider Willen, befördert hat. Man hat gelernt, den Staat für etwas mehr anzusehen, als eine bloße Rechts- und Sicherheitsassekuranz-anstalt, und selbst diejenigen, welche seine substantielle Natur nur in der noch rohen Form der Naturwüchsigkeit begreifen, befinden sich doch bereits auf einem von dem Kant-Fichtischen durchaus verschiedenen Standpunkt. Ihre wissenschaftliche Begründung aber hat diese Differenz nur in dem objektiven Idealismus der neueren Philosophie erhalten, die mit aller Entschiedenheit den Staat als Selbstzweck hinstellte, ja in der ihr durch Hegel gegebenen Form die Substantialität des Staats mit einer solchen Uebertreibung verfocht, daß es jetzt vielmehr nothwendig scheint, diesen Staatsabsolutismus sowohl den Berechtigungen andrer objektiv-sittlichen Mächte, als den wohl-begründeten Ansprüchen der subjektiven Freiheit gegenüber wieder auf das richtige Maß zurückzuführen.

Schon um des letzteren Zweckes willen ist es an der Zeit, eine Begründung des Strafrechts auf der Grundlage der neueren Philosophie aufzustellen, dabei aber die Abstraktion des objektiven Idealismus abzuthun und denjenigen Momenten ihr Recht wieder zu geben, welche bei Hegel zu kurz gekommen sind. Denn gerade in dieser Richtung können auch die Abegg'schen Schriften, die sich unmittelbar an Hegel anlehnen, nicht völlige Befriedigung gewähren. Aber auch abgesehen hievon können wir durch die, übrigens in so manchem Betracht verdienstlichen Bemühungen des ebengenannten

würdigen Gelehrten unser Unternehmen nicht für überflüssig gemacht ansehen, da, wie sich unten näher ergeben wird, seine Darstellung der Strafrechtswissenschaft die neuere Philosophie oft mehr wie einen Schmuck an sich trägt, als daß sie für ein völlig durchgearbeitetes Erzeugniß derselben gelten könnte. Gleichwohl ist es für die Empfänglichkeit des juristischen Publikums in Ansehung der neueren Philosophie wiederum ein sehr gutes Zeichen, daß die neuere kriminalistische Literatur in ihren würdigsten Organen sich so vielfältig beeifert, eben diejenigen unter den von Abegg zu Markte gebrachten Ansichten mit Anerkennung hervorzuheben, welche seiner näheren Vertrautheit mit Hegel ihren Ursprung verdanken.

Dient uns aber Abegg unmittelbar als Vorgänger, so dürfen wir uns auch andrer Vorarbeiten erfreuen, welche, wenn auch weniger unmittelbar, dazu dienen, unserm Unternehmen Eingang zu verschaffen. Dahin rechnen wir aber vornämlich die mehrfachen in neuester Zeit aufgestellten sogenannten Gerechtigkeitstheorieen, besonders die Arbeiten von Mittermaier, Luden[1]) u. A. welche, wenn sie auch zunächst nur als Erzeugnisse eines verständigen Räsonnements auftreten, gleichwohl geeignet sind, in Beziehung auf die wesentlichen Resultate dem hier methodisch aufzurollenden Gedankengang die Aufmerksamkeit und Gunst denkender Rechtsgelehrten zuzuwenden; ebenso die zunächst dem positiven Rechte gewidmeten, aber mannigfach vom Geiste der neueren Philosophie berührten Schriften von Heffter und Marezoll u. A.

Eben hiemit ist denn bereits ausgesprochen, daß wir keineswegs der Meinung sind, dem Publikum ein dem Inhalt nach durchaus neues Werk vorzulegen. Im Gegentheil hoffen

---

1) Die Theorieen von Wagner, Hanke u. A., die der Schelling'schen Philosophie ihren Ursprung verdanken, gehören in Eine Kategorie mit der Hegel'schen.

wir, daß der denkende Leser in den Resultaten sich ganz vertraut und heimisch finden werde, weil wir eben nur die Natur der Sache für sich selbst sprechen zu lassen im Sinne haben. Dagegen wird freilich die Form eine andre seyn müssen, als sie in den gewöhnlichen Darstellungen des allgemeinen Theils vom Strafrechte sich findet. Und eben die andre Methode wird denn freilich nicht selten auch den Inhalt theils in neuem Lichte erscheinen lassen, theils zu Konsequenzen entwickeln, die hergebrachten Annahmen widersprechen mögen. Will nun Jemand nach dieser Erklärung den Titel der Schrift übertrieben oder — nach der beliebten Ausdrucksweise derer, die jeden direkten oder indirekten Angriff auf ihre Theorie für einen persönlichen nehmen, — anmaßend nennen, so mag er das halten, wie er will; uns zeigt er dadurch, daß er keine Ahnung davon hat, wie ein durch systematisches Denken gerechtfertigtes Resultat ein wesentlich anderes ist, als ein empirisch aufgenommenes oder aus hin- und herfahrenden Reflexionen abstrahirtes.

Gerade dem Bedürfnisse einer systematischen Durchführung des Princips können aber auch die zuvor erwähnten Gerechtigkeitstheorien nicht genügen, schon deshalb, weil sie sich selbst nicht für Erzeugnisse einer spekulativen Betrachtungsweise ausgeben und überdies in der Regel mit der Beantwortung einiger willkührlich herausgegriffenen Hauptfragen sich begnügen, wenn sie nicht etwa gar ausdrücklich eine solche Beschränkung als nothwendig und mithin die Unmöglichkeit einer vollständigen konkreten Durchführung des Princips behaupten. Wenn dagegen z. B. v. Preuschen allerdings sich auch auf einzelne besondere Materien des allgemeinen Theils einläßt, so ist zu bedauern, daß gerade diese Darstellung mehr, als andre, dem Vortheil des methodischen Denkens entsagt und dafür in einem rhapsodischen Verfahren sich gefällt. Freilich kann es denn auch bei genauerer Betrachtung der fraglichen Theorieen nicht

entgehen, daß sie selbst zuletzt auf einer eklektischen Ansicht beruhen und aus dem Streben hervorgegangen sind, die alte und neue Staatsansicht möglichst leidlich zu einem Ganzen zu verbinden, und hiemit den unbequemen Streit der Strafrechtstheorieen mehr bloß zu beruhigen, als zu einer energischen Entscheidung zu bringen. Sie stehen damit in der Doktrin ungefähr auf demselben Standpunkt, den in der legislatorischen Praxis die neuen Gesetzgebungen einnehmen. Abegg bemüht sich bekanntlich, wiederholt nachzuweisen, daß auch diese Gesetzgebungen wenigstens unbewußt oder stillschweigend vom Prinzipe der Gerechtigkeit ausgehen; gleichwohl erfährt er damit vielfältigen Widerspruch. Und in der That haben hier die Streitenden auf beiden Seiten Recht und Unrecht. Denn einerseits liegt allerdings jenen Gesetzgebungen, eben wie jenen auf das Gerechtigkeitsprincip fußenden Theorieen, das Bestreben zu Grund, mittelst der Appellation an das natürliche Gefühl, welches sich endlich doch durch alle Reflexionen Bahn macht, den Streit der Strafrechtstheorieen von sich wegzuschieben oder sich als die Versöhnung der in jenen hervortretenden verschiedenen Principien hinzustellen. Andrerseits ist es aber eben so wahr, daß diese Versöhnung nur eine scheinbare und oberflächliche ist, während unter der Oberfläche der vermeintlich beschwichtigte Streit immer noch fortgährt, und eben deshalb es nicht schwer ist, in den fraglichen Gesetzgebungen auch wieder allerlei Elemente der Abschreckungs-, Sicherungs-, Besserungs- und andrer Theorieen zu finden. Der Grund liegt darin, daß diese Gesetzgebungen, wie jene vermittelnden Theorieen, von einer äußerlichen und mechanischen Vermittlung dasjenige erwarten, was nur einer inneren oder organischen gelingen kann. Zwar hat Abegg wiederholt die ganz richtige Behauptung ausgesprochen, daß in dem Systeme der gerechten Wiedervergeltung auch die Principien der relativen Theorieen, zwar in ihrer ausschließlichen Einseitigkeit aufgehoben, wohl aber

in ihrer Wahrheit als Momente erhalten seien. Allein diese Behauptung erhält nur dann Gewicht, wenn sie nicht bloß Behauptung bleibt, sondern ihre dialektische Genesis auch nachgewiesen wird, ein Bedürfniß, das in der kriminalistischen Literatur seine Erfüllung noch nicht gefunden hat. Noch weniger kann aber eine Gerechtigkeitstheorie leisten, die auch nicht einmal das Bedürfniß eines solchen organischen Processes in Beziehung auf die vorhergegangenen Strafrechtstheorieen fühlt, sondern sich entweder als eine besondere neben diese, oder zwar über sie stellt, jedoch ohne die spekulative Kritik, die hiezu allein das Recht geben kann. Das Gerechtigkeitsprincip bleibt dann nothwendig ein formalistisches und leeres, und der Vorwurf der Unfruchtbarkeit, der dagegen erhoben wird, ist nicht wohl abzuweisen. Aber nicht nur unfruchtbar bleibt das Princip, sondern es wird auch zum bequemen Deckmantel, unter welchem die relativen Strafrechtsprincipien sich alsbald wieder einnisten und ihr Wesen treiben, wie zuvor. Dies ist die ganz natürliche Folge eines Verfahrens, das von Gegensätzen nur zu abstrahiren, nicht aber sie zu überwinden weiß. Ueberwunden können die relativen Theorieen nur dann werden, wenn sie in der dialektischen Entwicklung der absoluten Theorie selbst ihr Unrecht und ihr Recht erfahren.

Indessen sind auch solche äußerlichen Vermittlungen vollständig hervorgetretener divergirender Principien, wie sie in den gedachten Theorieen und in den neuen Strafgesetzgebungen vorliegen, jedesmal wenigstens ein Zeichen dafür, daß eine wissenschaftliche Periode zum Abschluß reif und der dieselbe beherrschende einseitige Gedanke erschöpft ist. Eben dann aber tritt die Nothwendigkeit ein, den gesammten Stoff der fraglichen Wissenschaft gründlich vorzunehmen, denselben mit dem neuen Princip zu befruchten und nachzusehen, was daran haltbar, was verwerflich, und wie das Haltbare gedankenmäßig zu begründen ist. Mit andern Worten: es bedarf einer neuen

Revision der Wissenschaft, wie sie im Folgenden versucht werden soll.

Haben wir nun im Bisherigen an Feuerbachs Unternehmen angeknüpft, um zu zeigen, daß jetzt ähnliche Vorbedingungen zu einem solchen vorhanden sind, wie am Schlusse des vorigen Jahrhunderts, so muß auf der andern Seite auch bemerkt werden, daß die Sache selbst jetzt einer andern Ausführungsweise bedarf, als damals.

Die kritische Philosophie mußte ihrer Natur gemäß kritisirend zu Werke gehen, und zwar kritisirend bis zur Destruktion. Denn ihre Seele war der Uebermuth des Sollens gegen die Wirklichkeit. In dieser Beziehung verhält sich aber die spekulative Philosophie gerade umgekehrt, sie will nur die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit aufzeigen, und am wenigsten verhält sie sich feindselig gegen die Geschichte. Da nun in den Bereich der geschichtlichen Entwicklung auch die bisherigen Strafrechtstheorieen fallen, so müssen auch diese mit ihrem wesentlichen Gehalt innerhalb des Systems ihre Anerkennung erhalten, und es bedarf keiner besonderen Polemik, wodurch erst der Weg zu der richtigen Ansicht gebahnt werden müßte. Eben so wenig kann davon die Rede seyn, dem positiven Rechte irgendwie Gewalt anzuthun und dasselbe auf dem Prokrustesbett einer eigensinnigen Meinung zu strecken oder zu kappen. Nur freilich eine Apotheose des Positiven, ein Götzendienst vor der geschichtlichen Erscheinung kann nicht erwartet werden.

Indessen macht eben das Verhältniß, in welchem die spekulative Philosophie zum positiven Rechte sich befindet, hier noch eine besondere Bemerkung nöthig.

Es gehörte zu den Eigenthümlichkeiten Feuerbachs, daß er den allgemeinen Theil in seiner Darstellung des positiven Rechts ganz auf der Grundlage seiner philosophischen Ansicht aufbaute, während sein minder stürmischer und entschiedener

Freund, Grolman, es vorzog, einen allgemeinen philosophischen und einen allgemeinen positiven Theil auseinander zu halten. Welcher von beiden im Sinne der Grundansicht, wovon der eine wie der andre ausgieng, Recht hatte, mag hier dahin gestellt bleiben. Gewiß ist, daß jetzt Feuerbachs Verfahren fast allgemeinen Tadel erfährt.[1]) Auch hat man damit deshalb nicht Unrecht, weil die Stellung der Feuerbachischen Philosophie zur Wirklichkeit überhaupt eine feindliche, die letztere in jeder Hinsicht beeinträchtigende und zwängende war. Man stellt daher fast allgemein die Ansicht auf, daß die Darstellung des allgemeinen Theils des Strafrechts durchaus von positiven Rechtsgrundsätzen ausgehen, und somit alle „bloße Philosophie" als eine willkührliche Zuthat davon entfernt bleiben müsse. Allein diese Behauptung ist, so sehr sie gegen Feuerbach Recht hat, gleichwohl in gedoppelter Hinsicht schief.

Zunächst nämlich liegt ihr ein vollkommenes Mißverständniß über das Wesen der Philosophie zu Grund, sofern diese, sowie sie sich jetzt erfaßt hat, sich in keinem absoluten, sondern nur noch in einem relativen Gegensatze gegen das positive Recht befindet, in der Weise, daß das positive Recht innerhalb ihrer selbst fällt und seine bestimmte, freilich nach mehreren Seiten hin beschränkte Stellung einnimmt. Indem sie nämlich darauf ausgeht, die Wirklichkeit in ihrer Vernünftigkeit zu begreifen, so hat sie es keineswegs bloß mit dem Begriff zu thun, sondern auch mit der geschichtlich gewordenen Wirklichkeit dieses Begriffes. Beide Sphären fallen ihr nicht dualistisch auseinander, so sehr sie relativ verschieden seyn mögen. Denn die gesetzmäßige, aus der inneren Natur der Sache hervorgehende Entwicklung der Idee in ihre einzelnen Momente muß nothwendig in beiden Sphären des Daseins dieselbe seyn, und es kommt nur darauf an, daß man bei der Betrachtung des geschichtlichen Verlaufs sich nicht durch die Mannigfaltigkeit

1) Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 2, und die dort Angef.

der endlichen Erscheinung blenden und verwirren lasse, sondern die wesentliche Entwicklung, das geistige Gesetz, den Pulsschlag der Idee herauszufinden und zu bezeichnen wisse. Das aber steht fest, daß das in der Geschichte gewordene Recht wesentlich nicht anderer Natur seyn kann, als das, welches jeder finden kann, wenn er in seinen Busen greift und der geistigen Kraft nicht ermangelt, um den Inhalt seines Bewußtseins zu klaren Gedanken zu befestigen. Es ist erfreulich, neuerdings bei Luden die unumwundene Anerkennung jener Grundwahrheit anzutreffen.[1] Nur ist wohl die Sache etwas zu leicht genommen, wenn er sich bei der Kategorie der Allgemeinheit und Besonderheit begnügt, und das allgemeine, d. h. philosophische Strafrecht, eben weil es das nur allgemeine, als solches nie in die Existenz tretende sei, von der Darstellung des besondern, d. h. positiven Strafrechts völlig ausschließen will. Er sagt zwar ganz richtig: „Das positive Strafrecht eines gegebenen Volkes kann nichts anderes sein, als die besondere Form, in welcher das philosophische oder allgemeine Strafrecht bei demselben in die Erscheinung tritt; es könnte gar kein positives Strafrecht geben, wenn es kein allgemeines Strafrecht gäbe, während umgekehrt dieses allgemeine Strafrecht nicht in seiner Allgemeinheit, sondern nur als positives Strafrecht in die Erscheinung treten kann.“ Allein ohne Zweifel versteht er dieß doch in einem Sinne, in welchem das Gesagte unrichtig ist. Denn wenn er meint, daß das allgemeine Strafrecht als solches überhaupt der Existenz unfähig sei, so nimmt er die Allgemeinheit offenbar als abstrakte, d. h. von dem Besonderen abgezogene Allgemeinheit. Im Gegentheil aber muß ein philosophisches Strafrecht in dem Sinn das allgemeine sein, daß alles positive Strafrecht als Entwicklungsmoment innerhalb desselben und die Univer-

---

1) Handbuch des Strafrechts. I. S. 5, 6, vgl. seine Vorrede zur Uebersetzung von Romagnosi. S. 14—17.

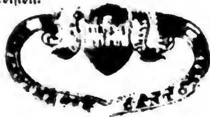
salgeschichte des positiven Strafrechts mit dem ausgeführten philosophischen Systeme in Eins zusammen fällt. Das positive Strafrecht eines bestimmten Volkes ist daher nicht nur überhaupt eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen, sondern es ist eine bestimmte Besonderung desselben, deren Darstellung daher nicht außer oder neben dem allgemeinen gegeben werden kann. Empirisch beschrieben kann ein solches positives Strafrecht allerdings werden, auch ohne Anknüpfung an das allgemeine, und es kann keinem Besonnenen einfallen, den großen Werth der vielen trefflichen Darstellungen zu läugnen, die wir in dieser Weise von dem vaterländischen Strafrechte haben. Aber mit solchen empirischen Ausführungen ist eben immer nur die besondere Erscheinungsform als solche anschaulich gemacht, niemals aber dieselbe in ihrem Wesen begriffen. Letzteres kann nur dann erwartet werden, wenn das geschichtlich gewordene Strafrecht als bestimmte Entwicklungsstufe der Idee deutlich gemacht, wenn seine Darstellung von der systematischen Durchführung dessen, was Luden das allgemeine Strafrecht nennt, getragen wird.

Mit andern Worten: es muß wieder, wenn gleich in wesentlich anderem Sinne, als es von Feuerbach geschehen ist, philosophisches und positives Strafrecht, und vor allem in dem sogenannten allgemeinen Theile amalgamirt werden. Und wenn nun, wie gesagt, diese Behauptung einer ziemlich allgemein gewordenen Ansicht entgegentritt, so glauben wir im Vorstehenden doch zunächst das Mißverständniß beseitigt zu haben, in welchem sich diese Ansicht hinsichtlich der Ansprüche der Philosophie befindet.

Andererseits nun aber ist man gar wohl berechtigt, der gedachten Ansicht selbst auf den Leib zu gehen und zu fragen, ob in den vorliegenden Lehrbüchern des deutschen Strafrechts wirklich der allgemeine Theil rein aus positivem Material gebaut sei? So angelegentlich dies in der Regel versichert wird, so wenig glauben wir, daß dies mit Recht geschieht.

Wie könnte das auch der Fall sein, da bekanntermaßen die wichtigsten Begriffe des allgemeinen Theils, wie der Begriff des Verbrechens, der Strafbarkeit, des Grundes der Strafbarkeit, und andere, wie sie uns als geltendes Recht vorgetragen werden, gar nicht aus den Quellen unseres positiven Rechts entnommen sein können, sondern Erzeugnisse gewohnheitsrechtlicher und durch die Wissenschaft vermittelter Weiterbildung des Rechts sind, für welche die Bezeichnung als positives Recht sehr problematisch erscheint? Sind doch eingestandenermaßen die meisten und wichtigsten Lehren des allgemeinen Theils nur aus sehr fragmentarischen und nicht selten sehr partikulären Aussprüchen unserer gemeinrechtlichen Gesetze zusammenzusetzen und oft mühsam genug herauszuspinnen. Mag man aber auch immer die Möglichkeit zugeben, daß aus den positiven Quellen ein vollständiger allgemeiner Theil von rein positiver Natur konstruirt werden könne, so halten wir den Beweis, daß diese Möglichkeit auch zur Wirklichkeit geworden sei, für sehr schwer. Man denke nur an den Begriff des allgemeinen Thatbestands und sehe nach, wie verschieden sich unsere besten Kriminalisten darüber äußern, wie verdächtig ihre Aeußerungen hinsichtlich ihres positiven Ursprungs sind, wie viel mehr Theil an ihnen ein vorausgesetztes Raisonnement über die Natur der Sache, als das positive Recht hat [1]). Dies ist aber nur ein Beispiel, dem noch eine Menge ähnlicher an die Seite gesetzt werden können. Wir nennen nur die Lehre vom Maßstab der Strafbarkeit, von den Schärfungs- und Milderungsgründen, vom Rückfall, von der Konkurrenz. Andererseits ist zu behaupten, daß in Materien, zu deren Behandlung es in den Quellen an Stoff nicht fehlt, besonders in der Imputationslehre, dieser Stoff keineswegs mit dem geschichtlichen Sinne ausgebeutet und verarbeitet sei, wie

1) Anders verhält es sich freilich mit Darstellungen des Strafrechts nach den abgeschlossenen Gesetzbüchern der neuen Zeit.



es zu erwarten wäre, daß aber hieran die Nachwirkung der Feuerbachischen philosophischen Untersuchungen über den verbrecherischen Willen nicht den am wenigsten bedeutenden Antheil habe.

Es ist jedoch noch weiter zu gehen. Man muß es allerdings ganz natürlich finden, daß der allgemeine positive Theil auch bei unsern positivsten Juristen das philosophische Element an allen Enden und Ecken durchblicken läßt. Denn das Gegentheil wäre ganz unmöglich, sobald überhaupt von einer systematischen Anordnung und Darstellung des Strafrechts als Wissenschaft die Rede ist. Unsere Quellen sind bekanntlich keine wissenschaftlichen Systeme; sie sprechen ihre Grundansichten, die sie allerdings haben, nirgends geradezu und vollständig, sondern überall nur nach Maßgabe des praktischen Bedarfs aus. Daher ist es nicht nur schwer, aus jeder einzelnen oder jedem Komplex derselben ihre Grundansicht rein herauszustellen, sondern es ist geradezu unmöglich, aus ihnen allen zusammen ein dogmatisches System zu konstruiren; es kann gar nicht anders sein, als daß der, welcher letzteres unternimmt, den fragmentarisch vorliegenden, innerlich durch die tiefsten Unterschiede getrennten Stoff unter eine von ihm selbst gezeugte, den Quellen selber fremde Grundansicht rubriciren muß. Aber auch wenn man rein geschichtlich verfahren und den Quellen keinerlei Gewalt anthun will, so nöthigt doch schon ihre fragmentarische Natur dazu, Lücken auszufüllen, aus dem Geiste der einzelnen Quellen zu argumentiren, und schon dies ist eine philosophische Operation. Selbst diese Operation ist jedoch nicht möglich ohne Voraussetzung einer eigenen Ansicht über die Probleme des Strafrechts in dem, welcher sie unternimmt; denn wie wüßte er sonst auch nur, was er in den Quellen zu suchen habe? [1]) Dann ist aber nicht nur die dringendste Gefahr vorhanden, daß diese eigene

1) Vergl. Feuerbach, Lehrb. §. 102. b. not. f.

Ansicht in die scheinbar rein historische Untersuchung sich einschleiche, sondern es ist auch ganz unmöglich, daß dies nicht geschehe, sobald man nicht von derjenigen Weltansicht ausgeht, welche Geschichte und Philosophie als Ausdruck derselben Idee erkennt. Denn bei jeder andern Grundansicht befindet sich der Darsteller nothwendig mit seinen Gedanken im Gegensatz zu den in der Geschichte objektiv gewordenen, und es wird jedenfalls die systematische Ordnung, in welche er letztere bringt, seine Zuthat sein müssen; gewiß aber nicht diese allein, sondern schon seine Auffassung des geschichtlich Gewordenen wird mehr oder weniger den Stempel seiner Privatansicht an sich tragen; es wird von ihm gar nicht jene reine Hingabe an den Geist der Geschichte erwartet werden dürfen, welche wir fordern. Darin liegt auch kein Vorwurf; im Gegentheil muß ja ein solcher die Kritik der Geschichte, die ihm nicht innerhalb dieser selbst liegt, aus dem Seinigen hinzuthun, und je tüchtiger die Individualität ist, um so mehr wird auch Alles ihre Farbe tragen müssen. Ist doch das Strafrecht voll von Problemen, die den menschlichen Geist an seinen innersten Lebensfasern ergreifen und ihn, über sie nachzudenken, zwingen würden, auch wenn sich nicht an deren Lösung seit unvordenklichen Zeiten die positiven Gesetzgebungen abgearbeitet hätten. Sicherlich würden auch die vielen trefflichen Darstellungen des positiven Rechts, wie wir sie seit dem Wiedererwachen der geschichtlichen Tendenz in der Rechtswissenschaft erhalten haben, gleichmäßiger ausgefallen sein, als es der Fall ist, wenn es sich nicht so verhielte, wie hier behauptet worden ist.

Mag es nun immerhin paradox klingen, wenn wir sogar noch mehr Geschichtlichkeit verlangen, als wir selbst bei denen finden, welche die Geschichte zu ihrem Schiboleth machen, so findet es doch in dem oben Gesagten seine hinlängliche Erklärung. Eben hiernach vermögen wir uns aber auch freilich eine das Wesen unseres positiven Strafrechts, nicht bloß seine

Erscheinung, zum Bewußtsein bringende Darstellung desselben nicht anders, als auf philosophischer Grundlage zu denken. Wenn wir aber hiemit von der jetzt allgemein angenommenen Regel abweichen, so wird man doch nach dem Bisherigen zugeben, daß dies kein Rückfall in Feuerbachs Ansichten ist, vielmehr die hier geforderte Verbindung von Philosophie und Geschichte einen wesentlich anderen Sinn hat.

Weder eine Polemik gegen andere Ansichten vom Strafrechte hat man also hier zu erwarten, noch eine gegen das geschichtlich Gewordene übermüthige Kritik. Vielmehr wird die Darstellung sich begründend verhalten, und kritisch eben nur soweit, als es die begründende Thätigkeit selbst mit sich bringt. Was indessen das positive Recht betrifft, so ist hier vorläufig keine zusammenhängende Darstellung desselben beabsichtigt, sondern diese behalten wir uns für jetzt noch vor. Dabei leitet uns folgender Grund.

So sehr wir es für möglich, ja für nothwendig halten, Philosophie und Geschichte auf's innigste mit einander zu verbinden, so glauben wir es doch jetzt noch nicht an der Zeit, eine solche Darstellung zu liefern, welche erst die Frucht der Revision sein muß, welche wir gegenwärtig unternehmen. Die Revision des Begriffs muß der begriffsgemäßen Darstellung seiner geschichtlichen Realität vorangehen. Um unser Resultat annehmlich zu machen, wollen wir daher vorerst seine Genesis aufzeigen. Wir wollen dies namentlich auch deshalb, damit man nicht schon durch die Form der Darstellung verführt, uns von vorn herein den trivial gewordenen Vorwurf der willkührlichen Konstruktion der Geschichte entgegensetze.

In diesem Sinne benützen wir denn den Vorgang von Grolman und geben hier vorerst einen philosophischen allgemeinen Theil, dem wir den positiven erst nachfolgen lassen wollen, freilich aber als einen nur äußerlich getrennten, innerlich dagegen innigst mit jenem verbundenen.

Einleitung.

§. 1.

Das **Recht** ist die Sittlichkeit in der Form des objektiven Daseins. Wie alle Formen der Sittlichkeit, so besteht auch das Recht in der Identität des allgemeinen Willens mit dem besondern Willen. Seine Eigenthümlichkeit aber, andern sittlichen Mächten gegenüber, liegt eben darin, daß es das objektive Dasein, das äussere Leben der Gattung, ihre Existenz in der Natur, ihre Subsistenz aus derselben, und ihre sociale Koexistenz zu seiner Sphäre hat. Alles, was am Begriffe des Rechts Theil nimmt, fällt daher nothwendig in den Bereich der objektiven Existenz, sowie umgekehrt alle sittlichen Elemente, sobald sie den Boden des äusseren Daseins betreten, unter den Typus des Rechts fallen.

Anmerkung. — Das Recht aus dem Willen deducirt zu haben, ist **Kants** unvergängliches Verdienst. Allein die Art und Weise seiner Deduktion konnte nicht befriedigen, und ihre Einseitigkeit ist in **Fichtes** entschiedener Durchführung so schneidend zu Tage gekommen, daß dem subjektiven Idealismus nothwendig der objektive entgegengesetzt werden mußte. Wenn nun aber letzterer, um der Eitelkeit und Willkühr des Ich möglichst den Paß zu verlegen, alles Gewicht auf die Substanz

des Willens legt und dieser den Einzelwillen schlechthin als bloße Accidenz unterordnet, so geräth er offenbar auf das andere, ebenso einseitige Extrem. Der Grundfehler des Kant-Fichtischen Standpunkts lag darin, daß das Allgemeine in der Form des Ichs gesetzt, das Ich selbst schon zur Substanz gemacht wurde. Dadurch machte man das Ende der Ethik zu ihrem Anfang und erhielt, da aller konkrete, nur durch den Vermittlungsproceß des Einzelwillens mit dem allgemeinen zu gewinnende Inhalt fehlen mußte, ein ganz formalistisches Princip. Man brachte ferner den fatalsten Dualismus in das ethische Gebiet, sofern man doch auch die einmal existirende endliche Beschränktheit des Ichs nicht ignoriren, sondern irgendwie anerkennen mußte. Bekanntlich mußte der Rechtsbegriff diese unangenehme Partie übernehmen, und die Rechtsphilosophie trat dadurch in die traurige stiefschwesterliche Stellung zur Moral, welche sie auf jenem Standpunkte charakterisirt. Während nämlich innerhalb der letztern das Ich, freilich in hohler, pathetischer Abstraktion, seine Absolutheit und unendliche Freiheit vollauf zu genießen bekam, so war umgekehrt die Rechtssphäre der Schauplatz, wo dasselbe unbeschränkte Ich sich dazu bequemen mußte, seine absolute Freiheit nur allzufühlbar beschränkt zu sehen. Ein geringer Trost lag dafür in dem Fichtischen Machtspruch, daß das Ich, um Recht und Staat zu produciren, sich nur selbst beschränke, daß es das Joch sich freiwillig auflege ꝛc. Das nicht abzuwendende Resultat blieb immer, daß der Staat als ein nothwendiges Uebel erschien, das denn freilich auch wieder einiges Gute hatte, aber ein Gutes, das nach dem Grundprincip stets zu theuer erkauft scheinen mußte. War aber dem Ich wenig gedient, das nach jener Ansicht in Wahrheit keiner volonté générale, sondern viel-

mehr der volonté de tous unterworfen wurde, so kam der Staat noch viel schlimmer weg, sofern die Substantialität des Rechts, dessen Träger er sein sollte, geradezu verneint und dieses vielmehr als ein in sich zufälliges Produkt der Einzelwillen gesetzt wurde. Dieses Verhältniß stellte sich denn auch alsbald deutlich heraus. Während die ersten Gründer des Systems noch zu tiefsinnig vom Staate dachten, um ihn so ganz herabzuwürdigen, wie es allerdings in ihrer Konsequenz lag, während vielmehr bei ihnen im Gegentheil das Ich der unbequemsten Staatstyrannei unterworfen wurde, so trat mit der Zeit, wie sich allmälig das philosophische System in das liberale Tagesbewußtsein verlor, gerade der umgekehrte Gesichtspunkt, nämlich die Tendenz hervor, das Ich zu kajoliren und Recht und Staat auf möglichst kleinste Rationen zu setzen. — Gegenüber diesen Ansichten hatte nun ohne Zweifel der objektive Idealismus vollkommen Recht, wenn er die Substantialität des allgemeinen Willens behauptete, wenn er von einem objektiven Geist sprach, der sein eigenes Leben lebe und das endliche Ich nur als sein Organ und Mittel setze und gebrauche, keineswegs aber ein Fabrikat desselben sei. Nur diese Substantiellsetzung des allgemeinen Willens, der praktischen Vernunft der Gattung, macht es überhaupt möglich, die sittliche Welt, die moralische wie die rechtliche, als einen Organismus zu konstruiren. Denn nur auf diese Weise wird der Uebermuth des Ichs, das sich selbst als das Absolute nimmt, gebrochen, eben damit aber sowohl der hohle Formalismus jener früheren Ethik, als der Dualismus, worein Moral und Recht auseinanderfielen, aufgehoben. Nur auf diese Weise wird die Einsicht begründet, daß die sittliche Welt kein bloßes Aggregat koexistirender Einzelwillen ist, daß vielmehr Mächte in ihr

herrschen, die ihre Berechtigung nicht erst durch das Ich erhalten, die im Gegentheil einen über alle endliche Willkühr erhabenen Zusammenhang, eine sittliche Weltordnung setzen, die das Ich wie eine zweite geistige Natur umgibt. Gleichwohl ist nun aber auch der objektive Idealismus auf ein nicht minder verwerfliches Extrem hinausgegangen, indem er fast den Spinozismus repristinirt und jener allgemeinen Substanz des Willens gegenüber den Einzelwillen zur bloßen Accidenz herabgesetzt hat. Darin liegt es, daß man der Rechtsphilosophie von Hegel den gegründeten Vorwurf macht, daß sie, die ganz aus dem Metall der Freiheit gebaut sein soll, vielmehr geradezu die Freiheit vernichte, sowie den damit genau zusammenhängenden, daß ihre Willenssubstanz es keineswegs dazu bringe, in Wahrheit objektiver Geist zu werden, daß sie vielmehr Substanz, objektive Macht, ihr Staat eine edle Tyrannei bleibe. Daher rührt es ferner, wenn Hegel die Moral ihres reichsten, bedeutendsten Inhalts entkleidet, ihr ein möglichst dürftiges Gebiet anweist und auch dieses noch dem Staat, als dem großen Leviathan, unterwirft [1]). — Es ist deshalb sehr an der Zeit, von diesem Extreme wieder zurückzukommen und den, von seiner Einseitigkeit entkleideten, unvergänglichen Gehalt des subjektiven Idealismus wieder in sein Recht einzusetzen. Darin liegt aber hauptsächlich dies, daß einerseits das freie Ich als das freie Organ der Aktualisirung des substantiellen Willens begriffen, andererseits eben darum dieser substantielle Wille nicht mehr allein in der Form des objektiven Daseins anerkannt, d. h. der Staatsabsolutismus gebrochen und die Moral neben dem Recht wieder zu selbstständiger Dignität erhoben werden muß. Welche

1) Wirth, System der spekulativen Ethik. Vorrede zum I. Band.

Sphäre dann dem Rechte als eigenthümliche zufalle, gibt der Paragraph an.

Darin liegt dann von selbst, daß unter Recht hier viel mehr begriffen wird, als bei den meisten unserer Kriminalisten, wenn diese einen Unterschied zwischen Rechtsverbrechen und Polizeiverbrechen machen [1]. Auf dem Standpunkte des subjektiven Idealismus, der bis in die neuere Zeit im gemeinen Bewußtsein der herrschende war, mußte die Rechtsidee, als Produkt der gegenseitigen Selbstbeschränkung der freien Einzelwillen, nothwendig in ein Aggregat von subjektiven Berechtigungen auseinanderfallen, und von einem Rechte konnte man nicht reden, ohne ein Subjekt als dessen Substrat zu denken, daher denn auch Staat, Kirche und Anderes, dem man die Qualität des Berechtigtseins nicht absprechen konnte, zu moralischen Personen erhoben wurden. Gleichwohl blieb, auch neben dieser Fiktion, im positiven Strafrecht noch manches Verbrechen übrig, dessen Objekt sich durchaus nicht unter jenen Rechtsbegriff klassificiren ließ. Nun kam es darauf an, auch für diese einen Gesichtspunkt aufzufinden, und als solcher bot sich die Aushilfe dar, sie unter den vagen Begriff der Polizei zu stellen. Am reinsten festgehalten findet sich dieser Unterschied bei Wächter, der sich am strengsten an den geschichtlichen Unterschied von Gerichts- und Polizeiordnungen hält, und unter Polizeiverbrechen diejenigen versteht, welche den Hauptgegenstand der auf Erhaltung der Religiosität, Sitte

1) Von diesen Ansichten der Kriminalisten sind auch die neueren Gesetzgebungen inficirt, sofern sie theils das Gebiet der kriminellen Handlungen von dem der Polizeistrafgerechtigkeit nicht richtig abzuscheiden wissen, theils innerhalb des ersteren zwischen Verbrechen und Vergehen (resp. schweren Polizeiübertretungen) willkührliche Unterschiede machen.

und Sittlichkeit gerichteten Reichspolizeiordnungen ausmachten [1]). Wesentlich dasselbe ist es, wenn Luden neuerdings zwischen Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen unterschieden haben will [2]). Und unter dieser oder jener Modifikation kehrt derselbe Gedanke fast in allen Lehrbüchern wieder, nur daß neuerdings wenigstens die zwei ganz verschiedenen Begriffe von Polizeiverbrechen, wie sie sich bei Feuerbach in Eins zusammengeworfen finden, mit Recht auseinander gehalten werden [3]). Indessen finden sich doch auch solche, welche an dem gedachten Unterschiede Anstoß nehmen und denselben unnatürlich finden. So Birnbaum in einer, freilich mit einer wunderlichen Polemik gegen Feuerbach eingeleiteten, Abhandlung über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens [4]). Es scheint zwar zunächst eine sonderbare Ausflucht, wenn er überhaupt nicht von Rechtsverletzungen beim Verbrechen gesprochen haben will, sondern von Verletzungen der Güter, auf deren Allen gleichmäßig zu garantirenden Genuß im Staate sich die Rechtssphäre eines Jeden beziehe, und die dem Menschen theils von der Natur gegeben, theils Ergebniß seiner gesellschaftlichen Entwicklung seien. Allein am Ende will er denn doch den Ausdruck: Rechtsverletzung oder rechtswidrige Handlung im weitern Sinne nicht abweisen; ja seine ganze Entwicklung geht eben nur aus dem Bedürfniß hervor, den engen Begriff der Rechtsverbrechen zu durchbrechen und dem, was die Andern Polizei- oder Gesetzesverbrechen oder sonst wie benennen,

1) Lehrbuch § 231.
2) Handbuch §. 24.
3) Wächter, Lehrbuch §. 62. 107. Luden, Handbuch §. 24. 25.
4) Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge. 1834. H. 2. Nr. 1. Vergl. 1837. S. 493 ff.

die gleiche Natur, wie den sogenannten Rechtsverbrechen zu vindiciren. Eine ähnliche Tendenz spricht sich bei Heffter aus, sowie man auch, freilich stark versetzt mit mystischem Nebel, Jarcke und Roßhirt hierher rechnen kann. Ohne Zweifel liegt den Aeußerungen von Birnbaum ein sehr richtiges Bedürfniß zu Grunde, Alles, was peinliches Verbrechen, nicht bloße Polizeiübertretung ist, als Ding von einerlei Wesen zu begreifen. Die Grundlage hiefür giebt der obige Begriff der Rechtssphäre überhaupt.

§. 2.

Das Unrècht ist das Gegentheil des Rechts. Da nun letzteres in der Identität des besondern Willens mit dem allgemeinen in der Sphäre des äußeren Daseins besteht, so muß das Unrecht in der Aufhebung dieser Identität, mithin darin bestehen, daß der besondere Wille in der Sphäre des äußeren Daseins nicht identisch mit dem allgemeinen ist. Dies ist jedoch nur erst der abstrakte Begriff oder die Möglichkeit des Unrechts.

§. 3.

Das Unrecht verwirklicht sich nun aber in folgendem Stufengange.

1) Der an sich noch mit dem allgemeinen identische besondere Wille ist ihm ebenso unmittelbar entgegengesetzt. In seiner Unbefangenheit ist er die Möglichkeit zu beidem, dem Rechte gemäß zu seyn, oder dasselbe zu verletzen. Das Unrecht ist hier ein bloß mögliches.

2) Der besondre Wille hebt seine Einheit mit dem allgemeinen wirklich auf; aber seine Differenz von diesem ist noch nicht für ihn, vielmehr glaubt er sich noch in der Einheit mit ihm und fordert diese. Hier ist das Unrecht bereits ein wirkliches, aber ein noch unbefangenes.

3) Die Differenz des besondern Willens von dem allge-

meinen ist für den besondern Willen, d. h. er weiß sich im Gegensatz gegen jenen und fordert diesen Gegensatz. Hier ist das Unrecht vollständig wirkliches Unrecht, Verbrechen.

Anm. — Die Abweichung von Hegel, der das unbefangene Unrecht als das bloß mögliche nimmt und von diesem durch das Mittelglied des Betrugs zum Verbrechen fortschreitet, wird kaum einer ausdrücklichen Rechtfertigung bedürfen, da wenigstens die Unrichtigkeit dieses Mittelglieds für sich klar seyn dürfte. Aber auch die Verwechslung des Civilunrechts mit dem bloß möglichen Unrechte ist ein Mangel, der sich dadurch rächt, daß nun Hegel dem Polizeivergehen beim Unrechte keine Stelle anzuweisen weiß, sondern dasselbe erst an einem spätern Orte noch nachträglich hereinschieben muß. Gleichwohl hat er das Verdienst, den die Juristen in Verzweiflung setzenden[1]) Unterschied zwischen Polizeivergehen und wirklichem Verbrechen so einfach, als schlagend angegeben zu haben. Jenes ist nichts Andres, als das bloß mögliche Unrecht unter 1), welches die Polizeigewalt eben deshalb verbietet, weil es, ohne wirkliches Unrecht zu seyn, doch dessen erfahrungsgemäß reale Möglichkeit ist. Nach einer Seite hin findet sich zwar dieser Begriff auch schon bei Feuerbach u. A.[2]), sofern er die Polizeivergehen als

1) Hepp Kommentar zum Württemb. Strafgesetzbuch. I S. 23.

2) Lehrbuch. §. 22. Tittmann IV. §. 603. v. Globig u. Huster Zugaben ꝛc. 2te Zugabe. S. 45. Kleinschrod System. Entw. I. S. 5. Cucumus im N. Arch. VII. S. 123—126. Stübel ebend. VIII. S. 247 ff. Cucumus ebend. X. S. 53—60. Eigenthümliche, in's Gebiet der Moral überschweifende, aber relativ sehr zu beherzigende Ansichten bei Roßhirt N. Arch. XII. S. 290—317. vgl. besonders v. Mohl N. Arch. 1840 Beil. Heft. S. 12 ff. Eine ganz andre Frage ist die, ob zwischen Verbrechen und Vergehen (oder — nach östreich. Rechte — schweren Polizeiübertretungen unterschieden werden soll? s. Mittermaier n. 3. u. 4. zu Feuerbach a. a. O.

„an sich nicht rechtswidrige Handlungen, die aber wegen mittelbarer Entgegenwirkung gegen seine Zwecke der Staat verboten und mit Strafe bedroht habe," definirt. Allein bei dieser Definition fehlt eben gerade die Hauptsache, nämlich die Angabe des Grundes, warum der Staat solche Handlungen als mittelbar seinen Zwecken entgegenwirkend zu verbieten und zu bestrafen hat, und folgeweise auch der Grenze, welche die Polizeistrafgerechtigkeit einhalten muß. In der Note ist zwar mit Recht vor dem Mißbrauche derselben gewarnt, damit nicht alle menschliche Freiheit in Fesseln geschlagen und aus dem Bürger eine lebende chinesische Puppe gemacht werde. Aber diese Warnung konnte mittelst einer schärferen Fassung des Begriffs erspart werden. Indessen muß man freilich noch mehr erstaunen, wenn man entdeckt, welche Handlungen nun Feuerbach im besondern Theile unter die Rubrik der auf die gedachte Weise bestimmten Polizeivergehen bringt, und hier auch unter Anderm den Incest und die Sodomie unter den an sich nicht rechtswidrigen Handlungen antrifft. Noch weniger kann man sich übrigens befriedigt finden, wenn man neuerdings bei Luden[1]) vollends die ganz formelle (wenn gleich von ihm für material ausgegebene) Bestimmung der Polizeiverbrechen als solcher antrifft, durch welche einem seinem Inhalte nach polizeilichen Verbote zuwider gehandelt werde. Denn, ganz abgesehen von der Verkehrung der natürlichen Ordnung, die überhaupt darin liegt, wenn der Begriff des Verbrechens von dem des Verbots abhängig gemacht wird, ist mit jener Bezeichnung nur eine Tautologie gegeben. Wenn aber nachher beigefügt wird, die polizeiliche Ordnung bestehe in der allgemeinen Zucht und

1) Handbuch §. 26.

Ordnung, deren Beobachtung das sichere, anständige und gedeihliche Beieinanderleben der Menschen erfordere, deren Nichtbeobachtung eine Gefährdung und Störung desselben zu begründen scheine, — so muß nicht nur die Aengstlichkeit, sondern insbesondere auch die Vagheit dieser Definition auffallen, welcher gemäß die Polizeigewalt ohne alles Bedenken gerade denjenigen Zustand herbeiführen könnte, vor welchem Feuerbach in der eben angef. Note warnt [1]).

Was sodann den Unterschied des peinlichen vom Civilunrecht betrifft, so wird dieser allerdings in der Regel viel richtiger aufgefaßt, als der zuvor besprochene [2]). Gleichwohl findet man auch hier, was man so häufig findet, daß von der Folge gesprochen wird, wo von dem Grunde die Rede seyn sollte. So begegnet man bei diesem Punkte so häufig der Phrase, das Civilunrecht sei dasjenige, zu dessen Gutmachung der Entschädigungszwang ausreiche, während das peinliche Unrecht außerdem noch den Strafzwang gegen sich hervorrufe. So richtig nun dieß ist, so wenig ist doch dadurch die Natur des Civilunrechts in seinem Unterschiede vom peinlichen bezeichnet. Dagegen liegt dies in der obigen Bestimmung. Das Civilunrecht hat sein Wesen darin, daß die zwischen dem besondern und dem allgemeinen Willen bereits wirklich eingetretene Differenz noch nicht für den besonderen Willen

---

1) Ganz verworfen wird die Polizeistraf-Gerechtigkeit von Henke Handbuch I. §. 34 u. von Lotz N. Arch. III. S. 558 ff. IV. S. 485 ff. vgl. Stübel a. a. O.

2) Luden Handbuch I. S. 18 Anm. 1. Wenn derselbe aber S. 198 Anm. 1 den Unterschied auf den Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht reducirt, so scheinen hiebei keine klaren Vorstellungen obzuwalten. Vgl. indessen auch die Vorrede zur Uebersetzung von Romagnosi S. 58 ff.

ist, dieser vielmehr noch in dem guten Glauben beharrt, daß er sich in der Identität mit dem allgemeinen Willen befinde, was er denn eben auch von dem Richter im Civilprocesse anerkannt haben will. Sein Unrecht ist eben deshalb zwar wirkliches, darum auch den Entschädigungszwang hervorrufendes, aber es ist noch unbefangenes Unrecht, das eben deshalb den Strafzwang ausschließt. Es giebt besonders Ein Verbrechen, wo man sich in die Lage versetzt sieht, auf diesen strengfestzuhaltenden Unterschied zurückzukommen, wenn man sich nicht in lauter Willkühr verlieren will, — und dies ist der Betrug [1]).

§. 4.

In allen seinen Formen ist jedoch das Unrecht das in sich selbst Richtige, weil es der Begriff des Rechts ist, das in der Sphäre des objektiven Daseins allein Gültige, das unbedingte, schlechthin nothwendige Wesen aller in die äußere Existenz fallenden praktischen Verhältnisse zu seyn, gegen diesen Begriff aber der des Unrechts ein bloßer Schein, mithin ein sich selbst Aufhebendes und sein Gegentheil Forderndes ist. Wenn schon es eine positive Existenz ist, so kommt ihm doch kein wahrhaftes Seyn zu, sondern es existirt eben als ein Nichtseiendes, dem wahren Seyn in seiner Sphäre Widersprechendes und darum durch und durch Wiederaufzuhebendes.

§. 5.

Diese Forderung gestaltet sich aber in verschiedener Weise, je nach den verschiedenen Stufen des Unrechts.

1) Das erst bloß mögliche Unrecht kann, eben weil es noch nicht zu positiver Existenz gediehen ist, nicht Gegenstand einer Wiederaufhebung seyn, sondern nur die Thätigkeit der Vorbeugung und des Schutzes gegen sich hervorrufen.

2) Dagegen ist nun das unbefangene Unrecht ein bereits

---

1) Literatur bei Mittermaier Note zu Feuerbach §. 21.

in die Wirklichkeit hervorgetretenes, in positiver Bestimmtheit existirendes, und darum wiederaufzuhebendes. Allein da dieses Unrecht seine Existenz nicht für den besondern Willen, sondern eben nur in der Sphäre des äusserlichen Daseins hat, so genügt seine Wiederaufhebung in dieser Sphäre, welche sich als Vergütung des gestifteten Schadens vollzieht.

3) Auch das peinliche Unrecht stiftet jederzeit einen äusserlichen Schaden, der ersetzt werden muß, sofern er überhaupt ersetzbar ist. Allein hier genügt es nicht an dieser äusserlichen Entschädigung. Da vielmehr dieses Unrecht seine Existenz wesentlich für den besondern Willen, hiemit noch außer und über der Sphäre des äusserlichen Daseins hat, so fordert es seine Wiederaufhebung auch in dieser weiteren Sphäre.

§. 6.

Dies hat näher noch folgenden Sinn. Das peinliche Unrecht ist die Verletzung des Rechts als Rechts, die direkte Entgegensetzung des besondern Willens gegen die Forderung seiner Identität mit dem allgemeinen. Das Objekt des Angriffs ist nun zwar das sittliche Wesen in der äusseren Erscheinung, aber die Verletzung als solche kann nicht das Wesen, sondern nur die Erscheinung treffen. Denn alles Recht ist Dasein von Willen, mithin von Freiheit. Das Freie ist aber das schlechthin Unzwingbare. Mithin zerstört der in der Verletzung des Rechts als Rechts liegende Zwang sich selbst in seinem Begriffe, ist ein Widerspruch in sich selbst, der sofort seine Wiederaufhebung fordert. Diese kann dann aber nur darin bestehen, daß der Zwang durch Zwang vernichtet, der verletzende Wille selbst einer Verletzung unterworfen wird.

Anm. — 1) Die absolute Nothwendigkeit der Strafe kann überall nicht anders wahrhaft begründet werden, als wenn die Nichtigkeit des Unrechts in sich aufgezeigt wird. Dies ist nun aber gerade das, was bei der soge-

nannten absoluten Theorie von Kant und denen, welche ihm gefolgt sind, fehlt und weswegen diese Theorieen so wenig befriedigen können. Weil sie diesen Begriff nicht fanden, so sahen sie sich genöthigt, über die dem Strafrecht allein zukommende Sphäre hinauszugehen und entweder in die der Moral, oder in die des Privatrechts abzuschweifen. Beides ist mit Recht angegriffen worden, aber es wäre ein großer Irrthum, wenn man damit die auf ihr wahres Fundament gegründete absolute Nothwendigkeit der Strafe beseitigt zu haben glaubte. Dieses wahre Fundament gelegt zu haben, ist Hegels unbestreitbares Verdienst, was bleiben wird, wenn man sich auch genöthigt sehen sollte, von seinen weiteren Konstruktionen mannigfach abzuweichen. Um aber dieses Fundament beurtheilen zu können, muß man begreiflicher Weise darüber hinaus seyn, Begriffe, wie Seyn und Daseyn, zu verwechseln oder etwa einen logischen Proceß eben seiner logischen Qualität wegen für einen der Wirklichkeit entgegengesetzten zu halten. Beiläufig sei hier bemerkt, daß Luden[1]) neuerdings das Fundament von Hegels Lehre als richtig anerkannt hat.

2) Aus der Abstufung des Unrechts ergiebt sich von selbst, daß auch der Proceß der Darstellung seiner inneren Nichtigkeit verschiedene Stufen durchlaufen muß, die dann auch im Staate verschiedenen Mächten als Thätigkeitssphären zugetheilt sind. Der ersten Stufe entspricht die Polizei in der specifischen Form der Rechtspolizei, zu der — abweichend von Wirth[2]) — auch die sogenannte freiwillige Rechtspflege gerechnet werden muß. Der zweiten entspricht die streitige Civilrechtspflege. Der dritten die Strafrechtspflege.

---

1) Handbuch. I. S. 41.

2) System der spekulativen Ethik. II. S. 272, 273 freilich hat Wirth die gewichtige Autorität von Mohl für sich.

3) Luden (s. Anm. 1.) bringt gegen Hegel vor: wenn gleich zugegeben werden könne, daß das Unrecht in sich selbst nichtig sei und kein Recht habe, zu bestehen, so würde es doch zur Manifestation dieses Unrechts nicht der Strafe bedürfen, indem schon die Nichtigkeitserklärung und die etwaige Entschädigung, welche der Verbrecher zu leisten hätte, vollkommen dazu ausreichen würden. — Dieser Einwurf ist jedoch ein ganz verfehlter. Daß einmal die vom Verbrecher etwa zu leistende Entschädigung nicht ausreiche, geht aus dem wesentlichen Unterschiede zwischen bürgerlichem und peinlichem Unrechte klar hervor. Wenn die Entschädigung zur Wiederaufhebung des ersteren genügt, so kann sie eben deshalb zur Wiederaufhebung des Plus, was im peinlichen Unrechte liegt, nicht genügen. Dieses Plus ist aber überdies nicht bloß ein quantitatives, sondern auch ein qualitatives Mehr. Eher hat es noch Schein, wenn gesagt wird, daß eine Nichtigkeitserklärung (von Seiten des Staats) ausreichen könnte. Allein auch hier hätte Luden nur den Begriff der Nichtigkeitserklärung klar denken dürfen, um sogleich einzusehen, daß mit seinem Einwurfe in der That gar nichts gesagt ist. Ohne Zweifel hat er Nichtigkeitserklärung hier in dem Sinne genommen, wie sie uns häufig im Privatrechte begegnet, wenn z. B. von der Nichtigkeit eines Testaments, dem gewisse Erfordernisse fehlen, von der Nichtigkeit einer Ehe u. s. f. gesprochen wird. Daß eine solche Nichtigkeitserklärung von der Strafe eines Verbrechens wohl zu unterscheiden sei, hat schon Feuerbach[1]) sehr richtig aufgezeigt, auch versteht es sich schon dem gemeinen Bewußtsein von selbst. Eine solche Nichtigkeitserklärung hat nun den Sinn, daß eine an sich rechtmäßige und

---

1) Revision. I. S. 71—73.

erlaubte Handlung gleichwohl gewisse besondere rechtliche Wirkungen, die damit beabsichtigt sind, nicht haben solle, weil es ihr an den Erfordernissen fehlt, durch deren Vorhandenseyn der Eintritt dieser Wirkungen bedingt ist. Wenn nun eine solche formwidrige Handlung unternommen und Anspruch auf die damit beabsichtigten rechtlichen Wirkungen gemacht wird, so genügt es allerdings, falls nicht etwa in Verbindung mit der Handlung bereits ein Civilunrecht oder ein Verbrechen existent geworden ist, an der einfachen Nichtigkeitserklärung, mit welcher sofort die Forderung des Rechts vollständig befriedigt ist. Aber man denke nur eben an den Fall, daß eine solche nichtige Handlung zugleich ein Civilunrecht oder ein Verbrechen involvirt, daß z. B. der in einem nichtigen Testament Eingesetzte bereits über die Erbschaft verfügt hat, oder daß eine Ehe wegen Bigamie nichtig ist, so ist klar, daß hier nun im Gegentheil die einfache Nichtigkeitserklärung nicht genügt, sondern im ersten Falle noch eine Entschädigung, im zweiten noch eine Strafe hinzukommen muß. Eben deshalb aber, weil der Unterschied dieser Art von Nichtigkeitserklärung und derjenigen, aus welcher Hegel die Strafe ableitet, so ganz auf der Hand liegt, so hätte es auch Luden nicht einfallen sollen, ihn einer solchen Verwechslung zu beschuldigen. Daß nämlich eine solche Beschuldigung indirekt in Ludens Worten liegt, geht daraus hervor, daß er, ohne den Ausdruck Nichtigkeitserklärung in dem anges. Sinne zu nehmen, das von ihm Gesagte gar nicht als Einwurf hätte vorbringen können. Offenbar versteht nämlich Hegel, und verstehen wir mit ihm unter jenem Ausdruck ganz etwas Anderes. Denn zuvörderst handelt es sich ja hier nicht von einer an sich rechtmäßigen Handlung, wobei eine besondre rechtliche Qualität in Anspruch genommen wird,

sondern von einer unrechtlichen, deren Wesen es gerade ist, das Recht als Recht zu verletzen. Es handelt sich nicht von der Subsumtion eines bestimmten Akts unter das Recht als Obersatz, sondern im Gegentheil von einer Negation dieses Obersatzes. Eben deswegen kann aber, wenn von Nichtigkeit im einen und andern Falle die Rede ist, dieser Ausdruck nicht beide Male denselben Sinn haben. Vielmehr ist der Sinn im ersten Falle der: es könne die Subsumtion des bestimmten Akts unter das Recht in der intendirten Weise nicht stattfinden, es sei die Handlung als eine juristisch nicht vorhandene anzusehen. Dabei ist weder von einer Rechtsverletzung, noch von einer Wiederaufhebung derselben und Wiederherstellung des Rechts im Geringsten die Rede; es wird nur von der Sphäre der Rechtsanwendung ein Fall, als dahin gar nicht gehörig, ausgeschlossen. Ganz anders im zweiten Falle. Während dort eine Rechtsverletzung erst dann gegeben wäre, wenn die Nichtigkeit des bestimmten Akts nicht erklärt würde, so liegt hier bereits ein positiver rechtsverletzender Akt vor. Dieser Akt will sich keineswegs als rechtlicher geltend machen, nimmt keine rechtlichen Wirkungen für sich in Anspruch, in welcher Beziehung er als nichtig erklärt werden müßte. Im Gegentheil enthält derselbe die Negation des Rechts als des in der Sphäre des äusseren Daseins allein Gültigen. Wie könnte also hier nur von einer Nichtigkeitserklärung in jenem ersteren Sinne die Rede seyn? Hat es aber damit seine Richtigkeit, so wird sich ergeben, daß der Tadel gegen Hegel gerade zu seiner Rechtfertigung umschlägt. Nichtigkeitserklärung eines peinlichen Unrechts kann nichts Anderes seyn, als eben das, was man unter Strafe versteht. Die etwa bloß in Worten gegebene Erklärung, daß eine Handlung der Art nicht zu Recht

bestehe, wäre eben nur Nichtigkeitserklärung ihrer selbst. Damit dem Verbrechen seine Nichtigkeit erklärt, klar aufgewiesen werde, braucht es eines thatsächlichen Processes, in welchem diese Nichtigkeit manifestirt wird. Denn ohne diesen thatsächlichen Proceß würde ja trotz aller Protestationen dagegen das Unrecht fortbestehen, sich als geltend behaupten. Dieser thatsächliche Proceß liegt aber in dem Begriff der Insich-Nichtigen schon eingehüllt, sofern das Insich-Nichtige das sich selbst durch sich selbst Vernichtende ist. Wenn nämlich das peinliche Unrecht eine Rechtsverletzung, somit ein Zwang gegen den Willen ist, so muß die Negation dieser Negation nothwendig selbst ein Zwang seyn, wodurch der erste Zwang aufgehoben wird. Eben dieser zweite Zwang, welcher in demselben Medium thatsächlich vor sich gehen muß, in welchem auch der erste vor sich gegangen ist, welcher mithin gleichfalls die Form einer Willensverletzung haben muß, ist das, was sich später zu dem konkreteren Begriff der Strafe fortbestimmen wird. Derselbe ist es aber allein, was als Nichtigkeitserklärung gegenüber dem peinlichen Unrecht prädicirt werden kann. — Oder hätte etwa Luden auch nicht bedacht, daß ein logischer Proceß zugleich ein sehr realer ist? Hätte auch er der neueren Philosophie die Abgeschmacktheit zugetraut, daß sie unter Negation und Negation der Negation nur ein Spiel leerer Vorstellungen, nicht eine sehr ernsthafte Operation wirklicher lebendiger Mächte verstehe?

Erster Theil.

Verbrechen und Strafe an sich.

§. 7.

Der bisher betrachtete Begriff des Verbrechens hat sich sofort in seine Momente auseinanderzulegen. Da nun auch die Wiederaufhebung des Verbrechens eine schlechthin an ihm selbst gesetzte Bestimmung ist, so wird mit jener Entwicklung auch die der Mömente der Wiederaufhebung des Verbrechens zugleich vor sich gehen müssen, übrigens in der Weise, daß sie stets durch die erstere bestimmt bleibt. Zunächst hat sich nun das Verbrechen

1) objektiv als Rechtsverletzung bestimmt, welche die absolute Nothwendigkeit ihrer Wiederaufhebung als ihr eigenstes Wesen in sich hat. Dies ist im ersten Kapitel näher zu entwickeln. Die bestimmte Weise dieser Wiederaufhebung nun aber, und insbesondre die Einsicht in den wahren Gegenstand derselben treiben

2) das subjektive Moment am Verbrechen hervor, wornach es sich als Handlung und seine Wiederaufhebung als Tilgung einer Schuld bestimmt. Hievon handelt das zweite Kapitel. Endlich aber schließen sich

3) das objektive und das subjektive Moment in dem Begriff der verbrecherischen Handlung und ihres Korrelats, der Strafe, zusammen, was im dritten Kapitel näher auseinandergesetzt wird.

Anm. — Die nähere Motivirung dieser Uebergänge kann erst an den betreffenden Orten erfolgen. Vorläufig wird es gerne zugegeben werden, daß sich das Verbrechen einerseits objektiv, andrerseits subjektiv betrachten lasse, sein Gesammtwesen aber nur in der lebendigen Einheit beider Elemente liegen könne. Abweichungen von der gewöhnlichen Betrachtungsweise liegen dagegen theils darin, daß wir Verbrechen und Strafe zusammen nehmen, theils darin, daß sich in dieser Eintheilung dem Strafgesetze keine besondre Stelle angewiesen findet. Beides ist insbesondre dem Sinne der relativen Theorieen entgegen, die gerade das Strafgesetz als die Hauptsache ansehen und die nicht Verbrechen und Strafe, sondern Strafe und Strafgesetz als Korrelate behandeln. Allerdings hängt auch beides mit dem Wesen einer absoluten Theorie sehr genau zusammen, und es ist deshalb wenigstens nicht sehr systematisch, wenn Abegg einen andern Gang nimmt.

Da es nun der erste Theil überhaupt mit dem Verbrechen und der Strafe an sich zu thun hat, so liegt in diesem die Lehre von dem sogenannten allgemeinen Thatbestande des Verbrechens, worüber uns neuerdings Luden [1]) eine besondere Schrift gegeben hat. Wenn die vorliegende Untersuchung uns mehrfach in die Nothwendigkeit versetzen wird, dieser Schrift entgegenzutreten, so bitten wir hier gleich im Voraus, unsern Standpunkt zu berücksichtigen, der die größte Hochachtung vor den Verdiensten dieses und andrer Gelehrten um das positive Strafrecht keineswegs ausschließt.

1) Abhandlungen aus dem Strafrechte. 2ter Band

Erstes Kapitel.

Die Rechtsverletzung und ihre Wiederaufhebung.

§. 8.

In der Bestimmung des Verbrechens als Rechtsverletzung liegen näher folgende Momente: 1) Das Objekt des Angriffs ist das Recht als solches, d. h. das Wesen des Willens in der Sphäre des äusseren Daseins. Hiedurch ist das Verbrechen einerseits vom Civilunrecht, andrerseits vom Laster und der Sünde unterschieden. Zugleich liegt darin, daß in jedem Verbrechen das Recht in seiner Allgemeinheit negirt wird, daher die Beleidigung, Läsion nicht das Wesen desselben ausmacht, sowie daß jede sittliche Potenz, sobald sie den Boden des äusseren Daseins betritt, Gegenstand des Verbrechens seyn kann.

Anm. — 1) Der Unterschied des Verbrechens vom bürgerlichen Unrechte ist schon oben näher betrachtet worden. Sein Unterschied von Laster und Sünde ist ein längst allgemein anerkannter. Gleichwohl wird für denselben häufig nicht der richtige Grund angegeben, der allein in dem Unterschiede des Rechts von andern sittlichen Potenzen beruht. Auch Wirth[1]) giebt nur eine Folge statt des Grundes an, wenn er diesen in die Aeusserlichkeit der Handlung legt. Denn, daß das Recht nur durch äusserliche Akte verletzt werden kann, liegt eben im Wesen des Rechts als der objektiven Sittlichkeit. Eine innere Verletzung der Sittlichkeit ist gegen die Sittlichkeit in der Potenz des Rechts gar nicht möglich. Man denke nur an die Immoralität und das Verbrechen in Beziehung

1) System der spekulativen Ethik. II. S. 280.

auf dasselbe sittliche Objekt, z. B. die Ehe; von ersterer kann gar nicht gesagt werden, daß sie die Ehe als Rechtsverhältniß zum Gegenstand habe; sobald die Immoralität überhaupt nur anfängt, gegen ein sittliches Verhältniß als Rechtsverhältniß anzukämpfen, geht sie eo ipso aus sich heraus und in das Verbrechen über, womit denn freilich auch das Hervorbrechen in einen äusseren Akt gesetzt ist.

2) Daß jedes Verbrechen an sich die Verneinung des Rechts in seiner Allgemeinheit sei, ist gleichfalls eine wesentliche, erst durch Hegel wieder zum Bewußtsein gebrachte Einsicht, übrigens eine von denen, welche man ihm nicht zu verdanken, vielmehr bei Darstellung und Kritik seines Systems zu ignoriren oder auch wohl gar nicht zu merken pflegt. Sie ist indessen, besonders durch Abegg, mit Erfolg geltend gemacht worden und wir können wiederum Luden [1]) als einen solchen nennen, der sich dies mit Recht zu Nutze gemacht hat, wie dies deutlich daraus erhellt, daß er das Verbrechen in seinem tiefsten Grunde als eine Verletzung des „objektiven Rechts", des Gesetzes der praktischen Vernunft selbst bestimmt, ohne darum — wie sich von selbst versteht — die Verschiedenheit der Strafbarkeit der einzelnen Verbrechen aufzugeben. Die entgegengesetzte Ansicht ist die in den relativen Theorieen herrschende, welche das Recht nur als den Inbegriff der durch die Maxime der Koexistenz vermittelten subjektiven Berechtigungen auffassen, mithin, um über den engen Begriff der Rechtsverletzung als einer Läsion hinauszukommen, zum Begriff des Verbrechens den Staat und seine Zwecke zu Hilfe ziehen müssen [2]).

---

1) Handbuch S. 7—23.

2) Feuerbach, Lehrbuch. §. 21. 22.

Der Unterschied liegt in der grundverschiedenen Ansicht von Recht und Staat überhaupt, worüber im Eingang die Rede gewesen ist. Nach der Ansicht der relativen Theorieen ist der Staat ein behufs des Schutzes der subjektiven Rechte producirtes nothwendiges Uebel. Uns ist er die zu einem konkreten Organismus auseinandergebreitete Rechtsidee selbst, daher wir auch in jedem Verbrechen die unendlich negative Tendenz gegen den Staat selbst erkennen. Letzteres ist einer der Punkte, die man auffallender Weise bei Hegel selbst vermißt, die aber von seinen gewöhnlichen Kritikern treuherzig übersehen werden. Treffend ist er dagegen von Wirth hervorgehoben [1]).

3) Indem als Objekt des Verbrechens das Recht überhaupt bezeichnet wird, so fällt der Einwurf weg, den man Hegel mit Recht machen muß, daß er nämlich den Begriff des Verbrechens in dem des Privatverbrechens habe aufgehen lassen, s. Wirth a. a. O. Vielmehr ist das Recht in dem Sinne, wie hier davon die Rede ist, keineswegs das von Hegel so genannte abstrakte Recht, das bei seiner falschen Identifikation der objektiven Sittlichkeit mit der Sittlichkeit überhaupt offenbar seine luftige Stellung bloß der Moralität zulieb, sowie diese die ihrige nur darum hat, damit die subjektive Freiheit noch vor dem Eintritt in die sittliche Wirklichkeit den spekulativen Tod sterben könne. Im Gegentheil ist das Recht in unserem Sinne der gesammte Inhalt der objektiven Sittlichkeit selbst, und es fallen in seinen Umfang alle Arten von Rechtsverletzungen aus dem Kreise des Staatsrechts so gut, wie aus dem des Privatrechts; überhaupt alle Verletzungen irgend einer sittlichen Potenz,

1) System der spekul. Ethik. II. S. 281. Anm.

sofern diese, den Boden der Objektivität betretend (wie z. B. die religiöse Sittlichkeit in der Form der Kirche), den Typus des Rechts annimmt. — Wenn dagegen Hepp [1]) gegen Hegel einwendet: sein Grundprincip, die Nichtigkeit des Unrechts in sich, beweise theils zu viel, theils zu wenig, — jenes, weil es konsequenterweise auch zur Bestrafung der bloßen Immoralität führen würde, — dieses, weil darnach keine genügende Grenze zwischen der Civil- und Straf-Gesetzgebung des Staats zu ziehen wäre, so treffen diese Einwendungen nicht. Denn Hegel schreibt der Immoralität doch gewiß kein Recht zu bestehen zu; aber daraus folgt doch nicht, daß ihre Wiederaufhebung mittelst des äusserlichen Processes der Strafe stattfinden müßte. Und was die Grenze zwischen Civilunrecht und Verbrechen betrifft, so ist es ein großes Mißverständniß, wenn Hepp meint, unter der Verletzung des Rechts als Rechts sei „jede vorsätzliche Verletzung" zu verstehen. Eine vorsätzliche Handlung, wodurch ich andere verletze, ist allerdings auch beim Civilunrechte möglich. Aber sobald mein Vorsatz ist, nicht bloß deshalb, weil ich Recht zu haben glaube oder meine Handlungsweise überhaupt noch für vereinbar mit dem Recht halte, in die Rechtssphäre eines Andern einzugreifen, — sobald er dahin geht, in und mit diesem Eingriff in eine bestimmte Rechtssphäre das Recht als Recht zu verletzen, seine Heiligkeit principiell zu negiren, so ist eben damit kein Civilunrecht mehr, sondern das Verbrechen vorhanden. Umgekehrt ist daher zu behaupten, daß die fragliche Grenze gar nicht schärfer gezogen werden kann.

§. 9.

2) Gleichwohl ist das Recht in dieser unbestimmten Allgemeinheit kein möglicher Gegenstand der Verletzung. Denn

1) Strafrechtstheorieen. S. 179. 184. 185.

im Begriffe des Rechts liegt wesentlich die objektive Existenz, mithin die **Bestimmtheit nach Größe und Art**. Soll also das Recht als Recht verletzt werden, so muß es in dieser seiner quantitativen und qualitativen Bestimmtheit verletzt werden. Es muß daher die im Begriffe des Verbrechens liegende unendlich negative Tendenz zum bestimmten Akt sich besondern, der gleichfalls in die Sphäre des äussern Daseins fällt. Auch die Verletzung ist mithin nur als eine nach Art und Größe bestimmte möglich.

Anm. — Dieses Moment wird von allen denen, welche dem Verbrechen den Begriff der Läsion unterlegen, einseitig festgehalten. Sie würden, da sie sich das Recht nur als die Summe der subjektiven Berechtigungen denken können, folgerichtig dahin kommen, das Strafrecht überhaupt in Privatrecht aufzulösen; aber freilich helfen sie sich gewöhnlich damit aus, daß sie den Begriff des Staats zu Hilfe rufen, um dem Verbrechen einen weiteren Inhalt zu verschaffen. Bei solchen nun, die, wie **Fichte** und **Feuerbach**, auf dem Boden der Ichphilosophie feststehen und es, wie mit dem Moralgesetze, so auch mit dem äusseren Gesetze und dem Staate streng nehmen, leidet die Gesammtansicht über das Strafrecht keineswegs an gefährlicher Laxität, wozu die konsequente Durchführung des Läsionsbegriffs führen müßte; viel eher könnte man ihnen eine nur zu sehr übertriebene politische Strenge vorwerfen. Umsomehr tritt dagegen jene schlimme Folge bei den Eklektikern hervor, welchen die gedachte feste Grundlage fehlt und die Hauptangelegenheit nur darin besteht, das Ich möglichst gegen die unbequemen Ansprüche des Staats zu schützen und daher unter den Rechten des Staats vornämlich auch das Strafrecht auf alle Weise zu verklausuliren. Man darf hier nur an die abenteuerliche Weise erinnern, womit

so viele Verbrechen, wider allen gesunden Menschenverstand, unter den Begriff der Läsion gezwängt werden, oder an die gefährliche Wirthschaft, die man mit dem beliebten Grundsatz: Volenti non fit injuria getrieben sieht.

So sehr es nun aber verkehrt ist, an dem Momente der Bestimmtheit der Rechtsverletzung einseitig festzuhalten, ebenso fehlerhaft ist es andererseits, wenn man dasselbe ignorirt und dem stoischen Grundsatz, daß omnia delicta paria seien, huldigt. Denn hiemit löst man umgekehrt das Strafrecht in Moral auf. Freilich zieht unter den bekannten Strafrechtstheorieen keine diese letzte Konsequenz. Aber es ist klar, daß alle diejenigen, welche die Strafe als eine moralische Wiedervergeltung auffassen, bei einiger Folgerichtigkeit auf das gedachte Resultat kommen müßten. Auch ist dies der einzige wirklich entscheidende Einwurf gegen diese Gattung von Theorieen, und erscheint deshalb die viele Mühe, welche man mit anderweitigen Widerlegungen derselben aufgewandt sieht, völlig überflüssig.

Als Beispiele für geschichtliche Manifestationen der einen und der andern Abstraktion können einerseits das altdeutsche Strafrecht in der Form des Kompositionssystems, andererseits das Strafrecht der römischen Republik mit seiner an Fichte's Grundlegung des Strafrechts erinnernden politischsittlichen Austerität dienen.

§. 10.

3) Da nun die Wiederaufhebung der Verletzung, als Negation der in dieser gesetzten Negation, selbst als Verletzung des Verletzenden auftreten muß, so muß sie die gleiche Bestimmtheit nach Art und Größe als ein äusserlicher Akt an sich tragen, sie muß Wiedervergeltung des Zwangs mit Zwang nach dem Principe des gleichen Maßes, des Werthes, seyn.

Anm. [1]) — Diese Deduktion der Wiedervergeltung zu bekämpfen, hat sich neuerlich Hepp in seiner oben angeführten Schrift: Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtstheorieen, 2te Auflage, besonders angelegen seyn lassen. Da er jedoch in der Vorrede selbst als seinen Standpunkt nicht den philosophischen, sondern den eines praktischen Juristen und den eines christlich-religiösen Mannes bezeichnet, so kann von seiner Ausführung hier füglich Umgang genommen werden.

§. 11.

Die unmittelbare Form der Wiedervergeltung ist die Rache. Sie ist dem Inhalte nach gerecht, weil sie das in sich Nichtige, die Rechtsverletzung, als nichtig behandelt. Der Form nach aber ist sie ungerecht, weil sie von dem besondern Willen ausgeht, und deshalb ihre Gerechtigkeit eine zufällige ist. Zwar ist es der im besondern Willen immanente allgemeine, der die Rache hervortreibt; das Rechtsgefühl des Verletzten spricht sich darin aus. Aber der allgemeine Wille ist hier eben durch das Interesse des besondern getrübt und sein Akt tritt als Akt des besondern hervor. Darin liegt, daß die Rache in sich selbst maßlos und dem Verletzer gegenüber eine neue Verletzung ist. Maßlos ist die Rache in der doppelten Beziehung, daß sie einerseits auf der Seite des Verletzten die Allgemeinheit von der Besonderheit, das wirkliche objektiv gewordene Unrecht von der Unendlichkeit, die es in der subjektiven Empfindung annimmt, nicht unterscheidet, andererseits ebenso auf der Seite des Verletzers nicht unterscheidet, ob und in wie weit in der äusserlich gewordenen Rechtsverletzung seine Besonderheit enthalten ist, oder nicht. Indem aber die Rache als neue Verletzung hervortritt, so ruft sie wieder eine Verletzung, diese wieder eine u. s. f. in's Unendliche fort hervor.

1) Die Darstellung anderer Strafrechtstheorieen kann nach der hier befolgten Methode natürlich erst weiter unten folgen.

Anm. — Das Moment der Maßlosigkeit der Rache hat Hegel (§. 102.) zwar im Allgemeinen treffend angegeben, aber nur nach der einen seiner Beziehungen, welche am besten an dem noch im modernen Staate vorkommenden Duell studirt werden kann. Ebenso wesentlich ist aber die andere, welche besonders auf dem Standpunkt der noch unreifen Staaten, wo die Rache als allgemeine Form der Wiederaufhebung des Unrechts vorkommt, sich herausstellt, — daß nämlich die Rechtsverletzung nur als ein Objektiväusserliches betrachtet und auf die Schuldunterschiede nicht Rücksicht genommen wird. Ueber dem Barbarischen, was in dieser Form der Rechtsübung bei noch unkultivirten Völkern liegt, darf man auch die sittliche Unschuld, die naive Frömmigkeit nicht übersehen, welche darin liegt, wenn auch das Ungefähr als Schuld getragen und in dem, was unser moralisches Gefühl beleidigt, ein dämonisches Walten gläubig verehrt wird. Damit hängt die Heilighaltung des Unglücks, auch auf einem schuldigen Haupte, zusammen, die so eigen mit der pharisäischen Selbstgenügsamkeit kontrastirt, wie sie in gebildeteren Zeiten auf den Verbrecher heruntersieht. Das Wesen einer solchen naiven Anschauung kann — freilich nicht mehr in seiner vollen Eigenthümlichkeit — an vielen prägnanten Zügen des altgermanischen Strafrechts nachgewiesen werden. — Uebrigens erhellt aus dem o. Ang., daß die Ableitung des Strafrechts aus der Rache, wie sie Luden [1]) versuchte, einen relativ wahren Grund hatte und insoweit von Hepp [2]) ganz ohne Noth angegriffen wurde.

---

1) Vorrede zur Uebersetzung von Romagno 51. — Im Handbuch ist Luden A. M.

2) Gerechtigkeits- und Nutzungstheorieen des Auslandes. S. 64. Anm.*

§. 12.

Die Forderung der Auflösung dieses Widerspruchs enthält die Forderung einer von den Interessen des besondern Willens ungetrübten Reaktion gegen das Verbrechen, zunächst also die Forderung eines Willens, der, als besonderer, das Allgemeine als solches wolle. Dieser Wille ist aber durch die vorige Entwicklung bereits gesetzt. Denn eben durch die im Begriff des Unrechts sich vollziehende Aufhebung der Identität zwischen dem Wesen des Willens und seiner Erscheinung hat sich der besondere Wille als solcher frei gemacht und in seinem Unterschiede vom allgemeinen erfaßt, mit der Bestimmung, in diesem seinem selbstständigen Fürsichsein die adäquate Erscheinung des substantiellen Willens zu sein.

§. 13.

Mit dieser Forderung eines in der Form der Besonderheit das Allgemeine wollenden Willens erfüllt sich aber auch zugleich die Forderung, daß bei der Wiederaufhebung der Rechtsverletzung diese nicht in ihrem unmittelbaren äusserlichen Dasein, sondern als ein durch den Willen Gesetztes, als Produkt seiner in seiner Besonderheit unendlichen Freiheit in Betracht gezogen werde. Hiemit bestimmt sich aber das Verbrechen als Handlung, und seine Wiederaufhebung als Tilgung der Schuld.

Anm. — 1) Beide Forderungen: daß die Wiederaufhebung des Verbrechens nicht von einem Privatwillen ausgehe, und daß im Verbrechen nur die Schuld gestraft werde, hängen genau mit einander zusammen. Sie enthalten beide die Forderung, den besondern Willen in seinem selbstständigen Fürsichsein, das einemal gegenüber der Welt des substantiellen Willens, das anderemal gegenüber der Welt des endlichen objektiven Daseins anzuerkennen. Auch pflegt geschichtlich die Erfüllung beider Forderungen zusammenzufallen.

2) Der Uebergang, wie er hier von der objektiven Seite des Verbrechens zu der subjektiven Seite desselben gemacht wird, könnte auf den ersten Blick mit dem Uebergang, wie ihn Hegel vom abstrakten Rechte zur Moralität macht, zusammen zu fallen scheinen. Denn indem wir nun das Verbrechen als die That des unendlich freien Einzelwillens betrachten, scheinen wir uns in die ganze Breite des moralischen Gebiets auszulassen. Und in der That ist hier auch der Punkt, wo die Philosophie des Strafrechts und des Rechts überhaupt am nächsten an die Moral grenzt, daher denn auch Michelet den ganzen ersten Theil seiner Moral der Darstellung der kriminalistischen Zurechnung gewidmet hat. Gleichwohl muß aber auch hier die Grenze zwischen beiden Gebieten scharf gezogen werden. Daß dies bei dem uns speciell beschäftigenden Gegenstande möglich sei, wird das folgende Kapitel zeigen. Indessen kann hier im Allgemeinen Folgendes bemerkt werden. Der Uebergang, wie er hier auf dem besonderen Gebiete des Strafrechts gemacht wird, fällt allerdings mit einem Uebergang in der gesammten Rechtsphilosophie nahe zusammen. Allein auch hier ist er keineswegs Uebergang zur Moralität, sondern zu einer konkreteren und beschränkteren Bestimmtheit der subjektiven Freiheit. In der Rechtsphilosophie handelt es sich so wenig um die gesammte Subjektivität des Menschen, als um seine Individualität. Es handelt sich darin nur um seine Persönlichkeit und um seine Subjektivität nur eben soweit, als das persönliche Wohl, das Interesse des persönlichen Fürsichseins ihren Gegenstand ausmacht. Wenn es die Aufgabe der Ethik überhaupt ist, den Proceß der Vermittlung der Gattung mit dem Individuum zum Reichthum einer organisch gegliederten Welt darzustellen, so ist die Aufgabe der Rechtsphilosophie

insbesondere die, diesen Organismus als das äussere, aus der Natur lebende, sie beherrschende und verklärende Reich der Vernunft zu entwickeln. Die Elemente, um deren sittliche Einheit es sich hier handelt, können daher nicht die gesammte Willenssubstantialität auf der einen, und die volle Subjektivität auf der andern Seite sein, sondern es muß sowohl der Gattungs-, als der Einzelwille hier in der konkreten Bestimmtheit durch die objektive Existenz aufgefaßt werden. Nur der sociale Zustand ist der Boden der hier vor sich gehenden Entwicklung. Dann kann aber natürlich das abstrakte Recht zu seinem Gegensatz nicht die Moralität haben; sondern es werden sich als die Elemente des aus der Auflösung der Familie (der substantiellen Persönlichkeit) hervorgehenden socialen Zustands das abstrakte Recht und das abstrakte Wohlergehen, und die immer konkretere Vermittlung dieser beiden Elemente wird die Genesis des Staats als der Totalität des socialen Organismus ausmachen [1]. — Wenn wir nun also hier auf den Standpunkt der Subjektivität übergehen, so haben wir es nicht mit der Moralität, sondern wir haben es nur mit der menschlichen Subjektivität zu thun, wie sie für den Staat ist, also nur mit dem Menschen als für sich gewordener Person, wie er sich handelnd an die Objektivität und ihr Gesetz preisgibt. Die Folgen dieser Beschränkung werden sich bald zeigen.

---

1) Die nähere Begründung kann nur in einem Systeme der gesammten Rechtsphilosophie gegeben werden.

Zweites Kapitel.

Die verbrecherische Handlung und die Tilgung der Schuld.

---

§. 14.

Der Begriff des Verbrechens entsteht durch die Losreißung des besonderen Willens aus seiner Einheit mit dem allgemeinen. Es ist hienach gesetzt durch den besondern Willen, sein Produkt. Andererseits setzt die Möglichkeit, daß ein solcher besonderer Wille überhaupt sei und ein solches Produkt, wie das Verbrechen, hervorbringe, jene Einheit der Besonderheit des Willens mit seiner Allgemeinheit als ein Bestehendes voraus, d. h. sie setzt eine Welt der objektiven Sittlichkeit voraus, von der sich unterscheidend der Wille eben zum Bewußtsein seiner Besonderheit kommen kann. Hiemit ergibt sich als der Gang der Entwicklung dieser:

1) ist die Genesis des besonderen Willens zum verbrecherischen aufzuzeigen. Erster Abschnitt. Sofort

2) haben wir die Aktivirung dieses verbrecherischen Willens in der verbrecherischen Handlung und seine Schuld zu betrachten. Zweiter Abschnitt.

3) bestimmt sich nun die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld des besondern Willens. Dritter Abschnitt.

Anm. — 1) Der erste Abschnitt hat es mit einer Materie zu thun, die in ihrer besondern Beziehung zum Strafrecht seit Feuerbach die gehörige Würdigung nicht mehr gefunden hat. Zwar hat sich Stahl in seiner Weise damit beschäftigt; aber diese Weise erinnert vielmehr an eine theologische Dogmatik oder ein Erbauungsbuch, als an eine philosophische Entwicklung der

Principien des Strafrechts. Die Darstellung der Idee des Willens, womit Hegel seine Rechtsphilosophie beginnt, enthält nun allerdings das solide Fundament, auf dem in dieser Sache weiter zu bauen ist. Allein man macht sich doch das Geschäft zu leicht, wenn man entweder, wie Michelet, mit der Entwicklung des Begriffs der formellen Zurechnung die ganze kriminalistische Imputationslehre abgethan zu haben glaubt, oder, wie der neueste Bearbeiter dieser Lehre [1]), sosehr in den Fesseln des Hegel'schen Systems bleibt, daß man auch die Moralität noch als integrirenden Theil der Rechtsphilosophie annimmt und aus diesem Abschnitte in Verbindung mit der Einleitung in die gesammte Rechtsphilosophie die Imputationslehre rekrutirt. Wie mager unsere Lehrbücher hinsichtlich der in Rede stehenden Frage sind, lehrt der erste Blick; und doch ist sie die Kardinalfrage für das ganze Strafrecht.

2) Wenn das Verbrechen einerseits nur als menschlicher Willensakt möglich ist, so ist andrerseits auch dies wohl zu beachten, daß der verbrecherische Wille nur durch einen Entwicklungsproceß zu Stande kommt, der das Bestehen einer objektiv sittlichen Welt voraussetzt. Hier zwar kann es sich noch nicht um die objektive Wirklichkeit dieser Welt handeln, sondern nur um das Wissen des Menschen von ihr und der Nothwendigkeit, daß sie sei. Aber auch in dieser Beschränkung ist der Satz von großer Wichtigkeit. Denn er enthält eben das Princip für die Genesis des verbrecherischen Willens und hiemit für die Entscheidung mehrerer Fragen, deren Wichtigkeit in den Lehrbüchern ignorirt wird, dagegen durch die

1) Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. Berlin. 1843.

gesetzgeberischen Bestrebungen der Zeit zum Bewußtsein gebracht worden ist, wie z. B. der Frage über die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Uebelthäter. Der verbrecherische Wille setzt das Wissen von der Nothwendigkeit einer objektiv sittlichen Welt voraus. Darum fehlt er beim Kinde, und fehlt bei kindlichen Völkern, denen die Sitte noch nicht in der strengen Form des Gesetzes sich befestigt hat. Sehr richtig ist die Bemerkung von Wirth, daß die Selbstobjektivirung der sittlichen Idee zu geltenden Potenzen, wie die Möglichkeit, so auch das sollicitirende Princip des subjektiven Bösen sei. Denn das Gesetz hat immer die Seite der absoluten Nothwendigkeit an sich, gegen welche, als eine tyrannische Gewalt, die menschliche Freiheit in einem bestimmten Stadium ihrer Entwicklungsgeschichte jedesmal sich auflehnt und auflehnen muß. Nur muß man freilich bei dieser Betrachtung nicht stehen bleiben, wenn man nicht entweder in die Feuerbachische Ansicht vom Verhältnisse des Gesetzes zur Freiheit und folgeweise in die Bestimmung der Strafe als einer Dressur, oder aber in die materialistische Ansicht, wornach das Verbrechen nothwendig und alle Strafe ungerecht ist, verfallen will. Sie ist aber, relativ festgehalten, sehr wichtig, weil sie dazu dient, den Hochmuth der Legalität herabzustimmen, die in der Trägheit ihres Willens sich so unendlich erhaben über denjenigen glaubt, den die Energie seiner Freiheit zum Bruche mit dem Gesetze fortgerissen hat, und der gleichwohl viel sittlicher sein kann, als jene zahmen Jochträger in ihrer schläfrigen Selbstgenügsamkeit.

Erster Abschnitt.

Die Genesis des verbrecherischen Willens.

§. 15.

Die sittliche Idee hat ihre Erscheinung im menschlichen Geiste, als dem adäquaten Medium zur Entfaltung ihres Lebensprocesses. Das Wesen der sittlichen Idee ist nämlich überhaupt, Lebensproceß, Subjektivirung der Substanz, Ichwerden des allgemeinen Geistes zu sein. Dieses Subjekt, dieses Ich realisirt sich aber allein im Menschen. Nur in ihm erwacht der in der Natur schlummernde Geist zum Selbstbewußtsein, zur Energie des Willens. Die Natur ist zerstreuter, in der Zerstreuung gefangener Geist, sein nach außen gewendeter, in die unendliche Vielheit zersplitterter Reichthum. Sie ist Schöpfung des Willens, aber selbst ohne Willen. Der Wille sucht sich selbst in ihr, und findet sich endlich in ihr, in der Krone der Schöpfung, dem Menschen. Das Wesen des Geistes, Einheit in Allem zu sein, treibt ihn nämlich in den unendlichen Fluß des Werdens, in die unendliche Zeugung von Gestalt auf Gestalt, in das Aussereinander der Natur hinaus. Aber eben in dieser Unendlichkeit der endlichen Bestimmtheit ergreift den Geist die allgewaltige Sehnsucht, seine Einheit wieder zu finden. Seine Allgemeinheit sucht sich in der unendlichen Besonderheit, und findet sich in der Einzelheit. Denn nur in der Einzelheit vermag sich Allgemeines und Besonderes zu durchdringen, in der Bestimmtheit, das Unendliche darzustellen. Die Energie dieser Einzelheit aber, in welcher der Geist die Natur bezwingt und zu seinem verklärten Leibe macht, ist der menschliche Wille.

Anm. — Dem Standpunkt des subjektiven Idealismus gegenüber muß hier zuvörderst der Standpunkt

des objektiven Idealismus überhaupt festgestellt werden. Dieser besteht aber darin, daß ein Sein der sittlichen Idee in der Potenz des Wesens noch vor allem Eintritt in das anthropologische Gebiet anerkannt wird. Der subjektive Idealismus läugnet im Gegentheil das substantielle Fürsichsein der sittlichen Idee als allgemeinen Geistes. Ihm fällt von vorn herein dieses wesentliche Sein mit der Erscheinung im Ich zusammen, und damit entsteht ihm sein charakteristischer Dualismus innerhalb des Ichs. Die Konsequenzen daraus für die Freiheitslehre, wie sie besonders von Feuerbach gezogen und zur Grundlage seines Strafrechtssystems gemacht worden sind, werden später zu genauerer Erörterung kommen müssen. Hier ist vorerst nur der allgemeine Standpunkt entschieden zu bezeichnen. Wenn nun aber das Wesen der sittlichen Idee als Prius behauptet und das anthropologische Gebiet nur als die Erscheinung dieses wesenhaften Seins aufgefaßt wird, so kann nun freilich an diesem Ort eine nähere Auseinandersetzung über jene Wesenheit des Willens nicht erwartet werden, sondern es ist nur an das Resultat ihrer Entwicklung anzuknüpfen, wornach sie Lebensproceß ist und ein Entwicklungsmedium in der Wirklichkeit fordert. Deshalb ist in dem vorstehenden Paragraphen nur angedeutet, daß wir die sittliche Idee in einem viel weitern Sinne, als Hegel, daß wir sie universell nehmen und ihr eine nicht nur psychologische, nicht nur politische, sondern eine kosmologische Bedeutung beilegen. Die Ethik ist uns nicht bloß Wissenschaft vom objektiven, sondern vom absoluten Geiste, und ihre Aufgabe die, ein sittliches Universum als Welt dieses absoluten Geistes zu konstruiren. Hiernach ist die Voraussetzung unsrer folgenden Darstellung die Deduktion des Willens aus dem reinen Begriff des Absoluten.

Eben diese Deduktion hat aber nichts anderes zu ihrem Inhalt, als den Durchgang des Absoluten durch die Natur zur Ichheit, deren reine Energie der Wille ist. Das Wesen des Willens ist aber weiter, die Verwirklichung seiner absoluten Einheit in der unendlichen Bestimmtheit, die unendliche Durchführung seiner Allgemeinheit durch die Besonderheit zu sein. Das Medium dieser unendlichen Durchdringung der reinen Allgemeinheit und der Besonderheit ist aber nur die Einzelheit, und deshalb ist das menschliche Ich die Erscheinung für den Lebensproceß der sittlichen Idee. Im menschlichen Geiste geht jene Selbstverwirklichung des reinen Willens vor sich. Dies ist das Jovissiegel, welches der Mensch an seiner Stirne trägt, wodurch er die Krone der Schöpfung wird. Aber freilich ruht unter diesem Jovissiegel auch das Kainsmal; nur, weil des Menschen Geist zum Tempel Gottes bestimmt ist, kann er auch das Verbrechen gebären.

§. 16.

Das *reine Wesen* des Willens schließt folgende Momente in sich:

1) liegt darin die reine unendliche Sichselbstgleichheit des Willens, seine unendliche Selbstaffirmation, seine Allgemeinheit als reine Kontinuität, und zwar in der doppelten Bedeutung, daß es a) das Wesen des Willens ist, über alle Bestimmtheit unendlich hinausgehen, sich selbst gleich sein zu können, b) in aller Bestimmtheit reine Kontinuität seiner selbst zu bleiben. In beiden Beziehungen ist aber diese reine Allgemeinheit des Willens c) die Negation der Bestimmtheit und setzt eben damit die Bestimmtheit an sich selbst. — Vermöge des Moments seiner Abstraktionsfähigkeit vom Andern ist der Wille reine Freiheit. Vermöge des Moments seiner reinen Kontinuität im Andern ist er die Möglichkeit des Guten. Beides liegt als negatives und positives Element in seiner

reinen Allgemeinheit. Indem aber mit der Negation der Bestimmtheit diese selbst gesetzt ist, so schlagen auch jene Elemente in ihr Gegentheil über. Die reine Freiheit, für sich festgehalten, ist die Freiheit der Leere, die Abstraktion vom Willen selbst, das Nichtwollen, d. h. ein Unding. Das Gute, als reine Kontinuität in seinem Andern, ist Indifferenz gegen sein Gegentheil, hiemit die Möglichkeit des Bösen. Im Willen liegt deshalb

2) ebenso wesentlich die Bestimmtheit und zwar wiederum in der doppelten Bedeutung, daß es a) das Wesen des Willens ist, aus der unterschiedslosen Unbestimmtheit zur Unterscheidung, zum Setzen einer Bestimmtheit überzugehen, sich zu beschränken, daß b) eben damit an die Stelle der reinen Kontinuität die reine Diskretion tritt. In beiden Beziehungen ist aber c) das Moment der Bestimmtheit ebensowenig das ganze Wesen des Willens, als dies das Moment der reinen Allgemeinheit war. Es würde im Gegentheil der Begriff des Willens sich zu seinem Gegentheil verkehren, wenn er nicht aus der Bestimmtheit in die Allgemeinheit zurückzugehen vermöchte. Beide Momente setzen sich ebensowohl gegenseitig, als sie einander negiren. — Vermöge des Moments a) erhält der Wille, der zuvor nur als reine Form gesetzt war, überhaupt einen Inhalt, er will Etwas, tritt aus der Freiheit der Leere hervor, wird wirklicher Wille. Vermöge des Moments b) dagegen ist nun gegenüber der Möglichkeit des Guten die Möglichkeit des Bösen, als des Abfalls von der Allgemeinheit, der Negation der Einheit, der Zerrissenheit des Willens gesetzt. Beides liegt wiederum als positives und negatives Element in der Bestimmtheit. Der aus dieser quellende innere Widerspruch macht sich aber gleichfalls wieder an den beiden Elementen geltend. Die Bestimmtheit des Wollens überhaupt, für sich festgehalten, führt zur Versenkung ins Besondere, zur Knechtschaft und Thierheit des Willens. Das

Böse, als vollendete Diskretion, ist unendliches Setzen von Bestimmtheit und hiemit unendliche Ausschließung aller Bestimmtheit, Auflösung seiner selbst in die Unbestimmtheit der allgemeinen Ironie, in die Sattheit an sich selbst, worin die Rückkehr zum Guten liegt.

3) ist daher der Wille seinem ganzen Wesen nach nur die Einheit beider Momente, unendliche Verwirklichung seiner Einheit in der Bestimmtheit, — auch dies wieder in der doppelten Bedeutung, daß a) der Wille sich frei aus der Unterscheidung zurücknehmen und zu seiner Sichselbstgleichheit wiederherstellen, daß er in der Bestimmtheit bei sich selbst, bei seiner Allgemeinheit bleiben kann, was erst die wahre Freiheit und damit das wahre Wesen des Willens ausmacht, b) daß weder die reine Kontinuität, noch die reine Diskretion das Wesen des Willens ist, sondern nur die Kontinuität in der Diskretion. Die Diskretion hat aber c) eben wie die Kontinuität ihr Medium an dem sich selbstbestimmenden Willen, sofern dieser die Freiheit ist, auch in seiner Negation sich selbst zu affirmiren. — Der Wille seinem vollen Begriffe nach ist mithin freie Selbstbestimmung, die ihre unendliche Einheit auch durch den Widerspruch der von ihr selbst gesetzten Bestimmtheit hindurch verwirklicht. So ist er Weltzweck, der das Böse als Moment am Guten setzt, um dieses als das allein wahre Sein des Willens aus seiner Negation ewig wiederherzustellen. Der Lebensproceß aber, welchen dieser Weltzweck setzt, hat seine Erscheinung am menschlichen Willen.

Anm. — Diese Sätze können hier nicht bewiesen, sondern müssen aus dem System der ganzen Ethik her vorausgesetzt werden. Dies kann um so unbedenklicher geschehen, als sie für unsern Zweck von keiner unmittelbaren Anwendung sind, vielmehr nur dazu dienen sollen, auf die tiefere Grundlage der folgenden psychologischethischen Bestimmungen aufmerksam zu machen. Indessen

kann doch soviel hier bemerkt werden, daß es sehr an der Zeit ist, die Dürftigkeit der Willensbestimmungen, womit Hegel die Rechtsphilosophie einleitet, einzusehen und das Wesen des Willens gründlicher zu untersuchen. So unzweifelhaft richtig nämlich auch jene Bestimmungen sind, so sind sie doch insofern dürftig, als sie das Wesen des Willens erschöpfen sollen, was doch keineswegs der Fall ist. Aus dem ersteren Grunde sind sie im obigen Paragraphen beibehalten, aus dem letzteren aber durch die wesentlich dazu gehörenden kosmologischen Bestimmungen erweitert worden, die in jenen liegen und nur aus ihnen entwickelt zu werden brauchen. — Das Element der reinen Allgemeinheit enthält als negatives Moment allerdings die reine Unbestimmtheit, die leere Form der Freiheit, wie sie sich bei Hegel angegeben findet. Zugleich enthält sie aber als positives Moment die reine Kontinuität des Willens in seinem Andern, worin der Begriff des Guten liegt. „Es ist dies die Vorstellung, die jeder vom Guten mitbringt, daß es das Innerste der Welt der Willen sei, welche sie unter einander erhält; dies ist aber nur das Wollen der reinen Ichheit, welche in ihrer Einzelheit nichts ist, als unendliche Bejahung ihrer in allem Andern. Milde, Liebe, Wohlthätigkeit sind lauter konkrete Gestaltungen dieser reinen Form des Willens." (Wirth I. S. 27.). — Ebenso enthält andererseits unzweifelhaft das Element der Bestimmtheit am Willen einmal als positives Moment die Besonderung des Willens überhaupt, zugleich aber als negatives den Abbruch von der Kontinuität, die Zerstreuung in die Diskretion, worin der Begriff des Bösen liegt. „Das Böse bestimmt sich seinem innersten Wesen nach als der negative Wille, nicht etwa in dem schlechten Sinne einer bloßen Schranke und Privation, sondern als der positive Wille des abso-

luten Ausschließens; ist das Gute das Positive des Willens als reine Kontinuation des wollenden Ichs in allen anderen, so daß sein bestimmter Akt nicht ausschließender Akt ist, — so ist der negative Wille Setzen von bestimmten Akten, um andere, bestimmte Willen zu vernichten, er ist der beständige Widerspruch, der Geist, der stets verneint." (Ebend. S. 28). — Haben aber die Elemente des Willens diese doppelte Seite an sich, so muß diese nothwendig auch an ihrer Einheit hervortreten. Der Begriff der freien Selbstbestimmung muß sich zu dem der über die Diskretion übergreifenden Kontinuität, der den Widerspruch ihrer Bestimmtheiten überwindenden Einheit, zum Begriffe des Weltzwecks erweitern, der das Gute als ewigen Sieg über das Böse will. — Das Resultat der ganzen Entwicklung des Begriffs des reinen Willens ist nun aber, daß er wesentlich Lebensproceß ist und sein Medium eben in der Einzelheit, dem Ich hat, worin allein die Durchdringung des Allgemeinen und Besondern vor sich gehen kann, mithin im menschlichen Willen, zu dessen Betrachtung wir nun, als zu unserem nächsten Zwecke, übergehen.

§. 17.

Das reine Wesen des Willens als Weltzweck projicirt sich in die Bestimmtheit der Natur, um aus ihr als subjektives Selbstbewußtsein hervorzugehen und von diesem aus seine universelle Verwirklichung zu finden. Seine Verwirklichung im menschlichen Geiste ist daher nichts anderes, als die Selbstentwicklung der Natur des menschlichen Geistes zur Erscheinung der sittlichen Idee. Zunächst also erscheint der Wille als natürlicher Wille.

I. Der natürliche Wille.

§. 18.

Indem der Wille in die Naturform eingeht, muß er nothwendig eine zwiefache Bestimmtheit an sich haben. Einmal muß er sein Wesen als Wille behalten, welches darin besteht, Koncentration in die Einzelheit, Ichheit zu seyn. Andrerseits muß er die Naturbestimmtheit annehmen, welche darin besteht, die Momente der Idee nur gesondert, als selbständige Mächte gegen einander darzustellen. Daraus ergiebt sich die Eigenthümlichkeit des natürlichen Willens, Koncentration in die Ichheit innerhalb des noch ununterschiedenen, unbewußten Gegensatzes von Geist und Sinnlichkeit zu seyn. Das erste Moment ist die Empfindung. Das zweite setzt den aus der Empfindung quellenden Trieb in der Naturform, d. h. als eine Menge selbständiger, einander ausschließender Triebe. Die Einheit beider stellt als das charakteristische Wesen des natürlichen Willens die Koncentration der Ichheit in den Trieb dar, die aber eben sogut in das Centrum der unendlichen Einheit der Empfindung schlagen, als in die Knechtschaft eines ausschließenden Triebs sich gefangen geben kann. Sein Erscheinungsmedium hat der natürliche Wille im Gemüthe.

§. 19.

In dem so beschaffenen Wesen des Gemüths kehrt die oben aus dem Wesen des Willens abgeleitete Möglichkeit des Guten und des Bösen als firirt in natürlichen Anlagen wieder. 1) Ist nämlich das Gemüth die reine Kontinuität der Empfindung, das Gefühl der unendlichen Liebe, woraus der Trieb zur sittlichen Harmonie der Seele quillt. Es ist die kindliche Knospe des sittlichen Charakters. In ihm blüht das Gefühl des Guten als der durch alle Bestimmtheit sich fortsetzenden Selbstbejahung des absoluten Willens auf. Es stellt sich dar als schwärmerische Liebe, die in allem Edlen und Trefflichen

das eigne Wesen wiedergespiegelt ahnt, und unmittelbar daraus quillt der Trieb, sich die Fülle dieser Ideale anzueignen. Aber 2) hat nun gleichwohl das Gemüth noch die Naturform und ihren Mangel an sich. Und zwar ist dieser ein gedoppelter. a) Gemäß dieser Form liegt der noch unentwickelte sittliche Inhalt im Gemüthe als Menge bestimmter, selbständiger Triebe vor. b) Hat der Trieb, als aus dem Gefühle quellend, die Natur des Gefühls an sich, welche die Unmittelbarkeit der Attraktion ebenso, wie der Repulsion ist. Es liegt daher im Gemüthswillen die unmittelbare, ungetheilte Hingabe des gesammten Ichs an den Trieb, sei es nun des Verlangens, oder des Abstoßens. Wie nun hierin die Fähigkeit der höchsten sittlichen Energie liegt, so liegt darin auch die Fähigkeit der höchsten Energie des Bösen. Es sind aber c) beiderlei Fähigkeiten im natürlichen Willen auf gleiche Weise vorhanden, sofern das über seinen Inhalt noch nicht reflektirende Gemüth ebensowohl in der reinen Kontinuität des sittlichen Triebs aufgehen, als in die Ausschließlichkeit irgend eines bestimmten Triebs sich firiren kann. 3) Auch das Aufgehen in der reinen Kontinuität des sittlichen Triebs ist aber nicht minder ein Verlust der unendlichen Allgemeinheit des Willens, als es die unmittelbare Hingabe an einen bestimmten, besonderen Trieb ist. Denn eben vermöge der Natur des Gefühls wird auch jenes Sichhingeben in die unendliche Liebe selbst zur Befangenheit in der Bestimmtheit eines Triebs. Eben in dieser Befangenheit liegt aber der psychologische Quell des Bösen. Der natürliche Wille ist daher der Eine mütterliche Grund des Guten, wie des Bösen. In beidem ist sein Charakter die gleiche Unschuld, weil er noch als Naturell, somit als unfrei bestimmt ist.

Anm. — Das Verdienst, zur psychologischen Entwicklungsgeschichte des Willens den Grund gelegt zu haben, wird Hegel ungeschmälert behalten dürfen, wenn gleich

auch hier zu behaupten ist, daß er die Sache nicht in ihrer ganzen Tiefe aufgefaßt habe. Was er über den natürlichen Willen sagt, giebt Berner[1]) in populärer Weise so wieder: „Zunächst bestimmt sich Ich noch nicht aus seinem wahren Inhalte heraus, sondern findet sich durch die Natur bestimmt. Es sind hier unsere Triebe und Begierden, die unsere Handlungen schlechthin leiten. Dieser Wille ist der noch ganz unangemessene. Er ist nach Inhalt und Form unfrei, daher noch gar kein Wille, sondern nur die reale Möglichkeit desselben. Der unfreie Inhalt sind die gegebenen Triebe; die unfreie Form ist das blinde Zugreifen bei der Befriedigung." Auch hier wird erhellen, daß das im Text Gesagte, nur die konkretere Durchbildung dieser Bestimmungen ist.

Es ist wichtig zu bemerken, daß auch das Begehren des natürlichen Willens eben sowohl in das sittliche Gefühlscentrum, den Trieb der unendlichen Liebe einschlagen, als in irgend einen besondern, als solchen schon ausschließenden Trieb sich verrennen kann. Dort hat es die Richtung der Kontinuität, welche das Gute, — hier die Richtung der Diskretion, welche das Böse bezeichnet. Gleichwohl liegt in diesen Richtungen für sich noch nicht, daß der natürliche Wille gut oder böse sei. Er ist zunächst nur die Fähigkeit zu beidem. Das andre wesentliche Moment ist nun die Natur des Triebs überhaupt, welche ihm anklebt, abgesehen von seinem Gegenstande. Diese besteht aber in der ungetheilten Hingabe des Ichs an das Objekt, seine Bewegung sei nun Verlangen oder Abstoßen. Auch in diesem Momente liegt noch nicht das Böse an sich, da vielmehr eben darin auch die Fähigkeit zur höchsten Energie des sittlichen Wollens beruht. Allerdings aber liegt darin

1) Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. S. 11.

wiederum die Fähigkeit zu beidem. Insbesondere aber liegt darin, was uns hier hauptsächlich interessirt, der psychologische Quell des Bösen. — Denn dieses ist nichts Anderes, als der „Wille, welcher in irgend einer Bestimmung der sittlichen Idee, sei es nun der Einheit selbst oder einem seiner Unterschiede, blind, excentrisch und alle wahre sittliche Einheit vernichtend sich bethätigt." Wirth I. S. 44. Dabei ist es denn gleichgiltig, welchen Inhalts der Trieb sei, an den die ungetheilte Hingabe des Ichs erfolgt. Die Form des Wollens ist das Gefährliche und Verderbliche; aber die Unfreiheit der Form bedingt auch die Verkehrung des Inhalts, weil in diesem stets die Kontinuität der ideellen Einheit verloren geht. Selbst die Hingabe an den Trieb unendlicher Liebe verkehrt sich daher zum Bösen, weil das Ich Knecht des Triebs und damit das an sich ideale Gefühl in die blinde Wuth der selbstischen Begierde hinabgerissen wird. Der wesentliche Charakter des natürlichen Willens besteht daher in dem noch unbezwungenen natürlichen Walten seiner Elemente in der Weise elementarischer Kräfte. Tritt am Kinde der Zauber seiner Naivität, tritt in der poetischen Verklärung der Heroenzeiten seine natürliche Erhabenheit und Liebenswürdigkeit hervor, so läßt er beim Wilden, besonders wo dieser sich innerhalb eines kultivirten Kreises bewegt, auch seine dämonische Furchtbarkeit und Scheußlichkeit blicken. Immer ist aber sein Wesen Unschuld, und die Schuld fängt immer erst da an, wo der Wille über das Stadium der Unmittelbarkeit hinauszutreten beginnt. Mit Recht werden deshalb Kinder, völlig wild Aufgewachsene, ganz ununterrichtete Taubstumme für unzurechnungsfähig erklärt. Die Aktionen ihres Willens sind ohne Schuld, weil sie noch ganz dem Stadium der natürlichen Unmittelbarkeit angehören.

II. Der wissende Wille.

§. 20.

Während nun aber in der Natur als solcher der Gegensatz in diesem natürlichen Zustande nicht als Widerspruch zum Bewußtsein kommt, so ist dies im Gemüthe, d. h. in der Naturform des Geistes der Fall. Das Streben zur Kontinuität des Begehrens, zum Insichgehen aus dem Streite der bestimmten Triebe entzündet sich hier eben in dem Kampf dieser Triebe. Der Geist ist an sich selbst das Streben, aus der unendlichen Bestimmtheit der Natur heraus in die Einheit zurückzugehen, und eben dies Streben ist jener Trieb der unendlichen Liebe, der im Gemüthe als Gegensatz gegen die Mannigfaltigkeit der besonderen Triebe sich regt. Die Wahrheit dieses Triebs nun aber, d. h. die höhere Form, in welcher er seine Befriedigung findet, zugleich aber Trieb zu seyn aufhört, ist das Denken. Denkend wird der Geist erst Ich, reine Einheit und Allgemeinheit, die nicht, wie das Gefühl, in ihrer Bestimmtheit sich selbst daran giebt und verliert, sondern vielmehr ihre Bestimmtheit selbst setzt und in derselben sich selbst gleich bleibt. Erst das denkende Ich, das sich im Unterschiede von seiner eigenen Natur und der Natur ausser ihm weiß und mit dem Bewußtsein dieses Unterschieds auf dieselbe thätig wird, ist wirklicher Wille, freier Wille, Selbstbestimmung.

Anm. — „Daß die theoretische und die praktische Intelligenz wirklich Seiten Einer Totalität sind, und nicht etwa zwei von einander unabhängige Grundvermögen des Geistes, wie man sie zuweilen bezeichnet, ist eine fast allgemein herrschende Ansicht, welche sich durch Analyse der beiderseitigen Momente bestätigt. Denn ohne längere Beweisführung leuchtet hier sogleich ein, daß der Wille das Denken in irgend einer von seinen Erscheinungsformen immer mit enthält, nur dadurch in die innere Allgemeinheit des Selbstbewußtseins fällt und sich vom bloßen

Triebe und der thierischen Begierde unterscheidet. Das Allgemeine ist wesentlich Produkt des Denkens oder vielmehr der wirklich gesetzte Gedanke selbst, das Selbstbewußtsein ist bei sich und für sich seiende Allgemeinheit der denkenden Substanz, und die einfache Koncentration des Ich oder Selbst ist das reine Denken seiner selbst als einer zu ihrem einfachen Mittelpunkt zusammengedrängten Allgemeinheit." (Vatke die menschliche Freiheit. S. 43, 44.)

Dieses Verhältniß ist aber wiederum nicht bloß als ein anthropologisches aufzufassen. Auch der absolute Wille setzt das Denken voraus, ist nur das praktische Denken selbst. Denken wir, wie wir müssen, das Absolute als unendliche Einheit, und die Weltschöpfung als den nothwendigen Proceß, um den Begriff dieser unendlichen Einheit zur Wirklichkeit der Idee zu bringen, so ist es wieder eben nur das Insichgehen der Allgemeinheit aus der unendlich bestimmten Besonderheit, die Koncentration derselben zur Einzelheit, zur Ichheit, zum Willen, was die Vollendung des Processes ausmacht. Aber diese Koncentration setzt gleichfalls das Denken voraus, vielmehr sie ist selbst nur das aus der unendlichen Besonderheit sich in sich, in die Allgemeinheit reflektirende Denken, welches in diesem Akte selbst konkrete Allgemeinheit, Ich-Wille wird. Erscheint aber so der Wille als Resultat des Schöpfungsprocesses, so zeigt er sich umgekehrt auch als dessen Grund. Er ist die Potenz im Absoluten, die sich durch die Natur hindurch selbst hervorbringt, und eben deshalb in der fertigen Bestimmtheit der Natur nicht zur Ruhe kommt, weil sie erst als freier Geist, als schöpferischer Wille dasjenige der Existenz nach wird, was in ihrem Begriff liegt.

§. 21.

Hiemit sind zwei Momente am Willen gesetzt, die sich

gegenseitig bedingen, — das Wissen und das Wollen in engerem Sinne. Soll nun der Wille fähig seyn, in der Besonderheit seiner Bestimmtheit seine Allgemeinheit zu erhalten, so muß auch die Seite der Intelligenz an ihm dieselbe schöpferische Fortbewegung der Allgemeinheit in die Einzelheit seyn. Denn nur dann, wenn die praktische Intelligenz sich selbst zum organischen Systeme gliedert, ist es möglich, daß der Wille, dessen Seele sie bildet, bei seiner Einbildung in die Besonderheit keiner ihm fremden Bestimmtheit unterliege, vielmehr in allen Bestimmtheiten, in die er sich begiebt, nur seine ideale Einheit ausgedrückt finden und ausdrücken könne. Dadurch eben unterscheidet sich ja der denkende Wille vom natürlichen, daß er nicht mehr, wie dieser, seinen Inhalt vorfindet, sondern daß er ihn selbst schafft. Dieses Schaffen ist aber die Sache der Intelligenz. Der Geist selbst ist der zeugende Grund des Inhalts, den er wollend der Welt einbildet. Der ferneren Entwicklung des Willens muß daher als logisches Prius die Entwicklung der praktischen Intelligenz zum organischen System vorangehen, als die Möglichkeit für den wirklichen Willen, seinem Begriffe zu entsprechen.

Anm. — Das Wesentliche hiebei ist dies, daß der denkende Wille nicht eine reine Fortsetzung des natürlichen, sondern ein Abbruch von demselben ist. Dies macht seine Freiheit aus, welche zunächst Selbstbefreiung von der Unfreiheit des natürlichen Willens ist. Damit ist nicht geläugnet, daß auch der denkende Wille seinen Inhalt irgendwie am natürlichen vorfinde. Allerdings ist das Gemüth der mütterliche Schooß aller Sittlichkeit. Aber der denkende Wille findet seinen Inhalt im Gemüthe nur der Potenz nach, um ihn sofort als einen ganz neuen zu erzeugen, nicht etwa bloß formell zu verarbeiten. Er ist der Schöpfer einer neuen Welt, im Individuum, wie in der Menschheit. „Da nun aber der Geist im einzelnen

Menschen und in der ganzen Menschheit einen langen Weg zu durchlaufen hat, um sich als wirkliche Intelligenz hervorzubringen, da viele Individuen diese Stufe gar nicht oder nur in getrübter Weise erreichen, da ferner die Zufälligkeit vieler empirischer Erscheinungen nicht gestattet, daß bei irgend einem Individuum der Begriff des Willens in der ganzen Masse der einzelnen Willensakte realisirt wäre, so entstehen dadurch viele Erscheinungsformen des Willens, in denen die einfache Identität der Begriffsmomente irgendwie aufgehoben oder zerrissen ist." (Vatke a. a. O. S. 57, 58.) In der letzteren Bemerkung liegt der Keim mehrerer sehr wichtigen kriminalistischen Sätze, insbesondere in der Lehre von der Zurechnung. Indessen wird auch gezeigt werden, daß die Freiheit, von der das Strafrecht auszugehen hat, keineswegs deren vollendete Form ist, mithin auch nicht die vollendete Intelligenz voraussetzt, welche zur ideellen Totalität des Willens gehört.

Die Darstellung der Entwicklung der praktischen Intelligenz zu einem organischen Systeme, oder die Konstruktion der idealen Welt der praktischen Vernunft, sowie der verschiedenen Formen, in welche die Intelligenz des Willens als seine Voraussetzung sich auseinanderlegt, gehört nun aber zu unsrem Zwecke nicht näher, daher sie hier übergangen wird. Was wir hier als Resultat festzuhalten haben, ist nur das Allgemeine: daß der wirkliche Wille die Intelligenz in irgend einer ihrer Formen zu seiner Voraussetzung, vielmehr zu seiner Seele hat, daß er nur dem aus der Natur zu sich selbst kommenden Geiste angehört, und eben deshalb Freiheit ist. Wenn nun aber allerdings diese Freiheit nur durch den bestimmten Akt des Sichunterscheidens des Geistes von der Natur überhaupt geboren wird, so ist sie deshalb doch nicht mit Einem Schlage da, sondern hat einen Bildungsproceß

zu durchlaufen, zu dessen Betrachtung wir uns nun wenden.

§. 22.

Das Denken setzt also selbst die ideale Welt des Willens als die Wahrheit, der die Erscheinung entsprechen soll. Aber eben mit dem Denken ist sogleich auch der Wille gesetzt, weil ohne ihn das Denken ein Widerspruch in sich wäre. Denn indem der Geist als Intelligenz das Wesen der sittlichen Welt setzt, gleichwohl aber als Intelligenz ruhige Allgemeinheit in sich bleibt, so ist dieses Wesen leeres Wesen, bloßes Ideal, abstrakter Begriff, dem die Existenz fehlt, während es doch gerade im Begriffe des Wesens liegt, zu erscheinen, Princip der Existenz zu sein. Dieser Widerspruch sollicitirt nun den Willen, als die Thätigkeit, das Wesen in die Existenz zu setzen, und die empirische Existenz zur Erscheinung des Wesens zu machen. Hiemit ist aber der Wille nur die sich selbst bethätigende Intelligenz. Ebenso ist aber auch andrerseits das Denken (abgesehen von der endlichen Erscheinung desselben, die allerdings eben so unwillkührlich ist, als der Blutumlauf) Resultat des Willens, da nur dieser mit seiner gegen die empirische Existenz negativen Energie das Denken zum wirklichen Akt machen und als solchen gegen die Macht der Vorstellungen, Gefühle, Begierden erhalten kann. Denken und Wollen sind hiemit unterschieden, gleichwohl aber nur Seiten Einer Einheit, die sich gegenseitig hervorbringen. Eben vermöge dieses Processes aber, in welchem der Geist sein Wesen selbstthätig zur Existenz bringt, ist derselbe frei, und Freiheit und Willen sind eins und dasselbe. (Vatke a. a. O. S. 42—53.)

§. 23.

Diese seine Freiheit hat eine negative und eine positive Seite. Die erste liegt darin, daß der Geist von seiner eigenen inneren und von der äusseren Natur schlechthin abstrahiren, den Zusammenhang seines Wesens mit der Natur durchbrechen

und sich selbst setzen kann. Die zweite liegt darin, daß er sich selbst seinen Inhalt, sich selbst als den Grund und die Macht seiner Existenz setzen kann, so zwar, daß es eben sein Wesen als Geist ist, das, was er setzt, auch nicht setzen zu können, mithin gegen sein eigenes Wesen negativ zu seyn. Beide Seiten sind eins; denn wäre der Geist nicht diese Macht, sich schlechthin zu setzen, so wäre er nicht absolute Macht gegen die Natur. Aber freilich ist diese reine Freiheit auch nur erst der abstrakte Begriff der Freiheit.

§. 24.

Die Elemente des Begriffs des Willens, die reine Allgemeinheit der Form, und die bestimmte Besonderheit des Inhalts, waren im natürlichen Willen noch unmittelbar Eins. Das erste Element wurde daher vom zweiten absorbirt, der Geist erschien als durch seine eigene Natur determinirt und eben deshalb unfrei. Mit dem Erwachen der Freiheit im endlichen Willen müssen sich daher nun jene beiden Seiten des Willens dirimiren. Der Geist bricht mit der Natur und setzt hiemit den Grundgegensatz der freien Ichheit und der natürlichen Nothwendigkeit, welche er als solche zu überwinden trachtet. Indem hiemit beide Elemente sich abstoßen, kommen sie freilich in Wahrheit nicht auseinander, da jedes das andere vielmehr fordert, wie denn auch der empirische Wille wirklich in keiner Gestalt ein abstraktes Aussereinander beider Seiten zeigt. Gleichwohl ist die Diremtion ein nothwendiges Stadium in der Entwicklung des Begriffs, wie denn auch alle Bestimmungen, die sofort in beiden Sphären auftreten, der Welt des natürlichen Willens gegenüber den Charakter der Gegensätzlichkeit und Relativität an sich tragen.

A) Die Formen der Freiheit.

§. 25.

Die Freiheit wird durch das Denken an's Licht gebracht. Mit diesem tritt der Geist aus der Unmittelbarkeit seines

Wesens auf den Standpunkt der Differenz des Geistigen und Natürlichen und wird dadurch wirklicher Wille, Freiheit. Der reine Begriff der Freiheit ist aber nichts, als die Selbstbethätigung des reinen Denkens, weil nur als dieses Denken der Geist absolut bei sich, frei von allem fremden Inhalte, zugleich aber dieses Denken ein rein vom Geiste gesetzter Akt ist. Diese reine Freiheit ist die Bedingung alles wirklichen Wollens.

1. Die reine Freiheit.

§. 26.

Sie ist die in der höchsten Abstraktion gedachte reine Form des Willens der Erscheinung. Eben aber, weil sie Moment des wirklichen Willens ist, so ist sie nicht mehr reine Negation des Inhalts überhaupt, sondern nur alles dem Ich als solchen fremden Inhalts. Dagegen setzt sie allerdings den Inhalt an sich selbst, aber nur mit der Bestimmung, daß er durch sie selbst und aus ihr selbst gesetzt sei. So abstrakt diese Bestimmung ist, so enthält sie doch die Hauptsache, ohne welche es keine Realität des Willens gäbe.

§. 27.

Eben die Forderung aber, daß der Inhalt nur aus dem abstrakten Ich und durch dasselbe gesetzt sei, ist vorerst nur Forderung, und hiemit noch die Möglichkeit vorhanden, daß die Selbstbestimmung nicht wahrhafte Selbstbestimmung, sondern bloßer Schein derselben, hiemit die Totalität des Begriffs nur formell realisirt sei. Diese Möglichkeit wird nur dann aufgehoben, wenn das Ich selbst nicht mehr abstraktes Ich, sondern zu vernünftiger Totalität vermittelt ist. Dazu bedarf es aber bei dem endlichen Ich eines langen Processes, der mannigfach äusserlich und innerlich bedingt ist.

§. 28.

Gleichwohl ist der endliche Wille als solcher nicht bloß solche formelle Freiheit, da derselbe in der That nie bloße

Formbewegung, vielmehr das Ich immer von einem Inhalt erfüllt ist, wenn auch dieser Inhalt noch nicht konkrete Vernünftigkeit ist. Sobald aber das Ich überhaupt denkt, so ist es auch freier Wille, wenn auch noch nicht wahrhaft freier Wille. Seine Selbstbestimmung ist, wenn auch nicht der Idee gemäß, doch Selbstbestimmung, Koncentration des Ichs in seine Allgemeinheit und Bestimmung des Inhalts aus dieser Allgemeinheit des Selbstbewußtseins heraus; und es ist sofort nur der Proceß der inneren Bildung des Ichs und der Weltbildung, wodurch sich der das Ich erfüllende Inhalt immer mehr zur gediegenen Fülle der Vernünftigkeit erhebt.

§. 29.

Die reine Freiheit ist daher für sich noch nicht die wahre Freiheit, sondern nur ein Moment im Entwicklungsproceß derselben, aber dasjenige, ohne welches die Freiheit überall nicht zur Realität kommen könnte. Für sich ist sie eine wissenschaftliche Abstraktion, und wo sie in der Realität abstrakt auftritt, ihr eigener Widerspruch, da sie sich vielmehr als die Unfreiheit selbst erweist. Denn sobald sie sich als das Absolute setzt, so negirt sie nun allen Inhalt, der nicht mit ihrer Form selbst zusammenfällt, und wird als bloße Abstraktion vom Endlichen selbst endlich. Denn das abstrakte Ich, das nur sich selbst setzt, setzt in Wahrheit nichts, und muß den Inhalt, den es negirt, entweder vernichten oder bei ihm betteln gehen.

Anm — Man ist durch die berühmten Aeusserungen von Hegel (§. 5) verführt worden, die reine Freiheit als bloß formelle, negative, Verstandesfreiheit sehr über die Achsel anzusehen, und ist dadurch in die Gefahr gerathen, dem Determinismus in die Hände zu fallen. Will man letzteres vermeiden, so muß man die reine Freiheit in ihr Recht einsetzen, und ihren Begriff in seinem vollen Umfange gelten lassen, der ihm freilich auch bei Hegel nicht gegeben ist. Denn, indem dieser sie nur negativ

als reine Abstraktionsfähigkeit von allem Inhalte bestimmt, so ist das positive Moment, das die reine Freiheit enthält, die Forderung des Inhalts als eines aus dem Ich und durch das Ich gesetzten, nicht gewürdigt Nur beides zusammen macht aber den Begriff der reinen Freiheit aus, die freilich nur eine wissenschaftliche Abstraktion und für sich unwahr ist. Gleichwohl jedoch ist sie der innerste Puls des Willens, und ohne sie alle weitere Evolution der Freiheit nicht denkbar. Darin liegt das ewige Moment des subjektiven Idealismus, welcher eben die reine Freiheit kultivirt hat, aber freilich den Begriff in diesem Stadium hat stehen lassen — Soll überhaupt ein Wollen zu Stande kommen, in welchem das Ich, unabhängig von aller äussern und innern Macht, sich rein aus seinem Wesen bestimmt, so zwar, daß auch dieses Wesen durch das Ich selbst gesetzt ist, so ist es schlechthin nöthig, daß das Ich den Akt der reinen Freiheit vollziehe, daß es sich zum reinen Denken, zur Allgemeinheit des Selbstbewußtseins erhebe, um, was es wollend setzen mag, nur aus diesem zu setzen. Der Akt des reinen Denkens ist aber auch selbst der Akt der reinen Freiheit, der Selbstbefreiung des Ichs von der Natur, wenn gleich damit der Proceß der wahren Freiheit noch nicht vollendet ist, sondern nur erst beginnt. Denn freilich ist empirisch die Intelligenz nicht sogleich konkrete Vernünftigkeit, sondern erhebt sich nur stufenweise zu ihr. Der Geist scheidet sich zwar von der Natur und meint sie durch die bloße Freisprechung seiner selbst überwunden zu haben, während der Inhalt, womit er sich selbst erfüllt, noch keineswegs ihm selbst angehört und sein beschränktes Denken, in Wollen umgesetzt, eben daher selbst nur ein endliches und beschränktes Resultat ist, das er nur für ein freies hält, während es in Wahrheit das Gegentheil ist. Es braucht Zeit, bis der Geist

das absolut Allgemeine zu denken, das Wesen des Universums als das Ich selbst zu begreifen und sofort dieses als den Inhalt seines Selbst, als seine eigene That zu setzen vermag. Es braucht dazu einer vielfältig bedingten Bildung. Aber gleichwohl ist schon mit dem Anfange dieses Processes der Wille wirklich frei, wenn gleich seine Freiheit noch nicht wahre Freiheit ist. Der Mensch muß daher auch von da an für seine Handlungen einstehen. Denn in der reinen Freiheit ist immer die Negation aller anderweitigen Bestimmung, und die Position der schlechthinigen Selbstbestimmung enthalten. Auch da nämlich, wo der Inhalt des Selbstbewußtseins noch nicht zu vernünftiger Totalität vermittelt ist, das Ich seinen wahrhaften Inhalt von dem ihm gegebenen oder durch einseitige Thätigkeit erzeugten noch nicht klar unterscheidet, auch seine Natur zur Fülle seines Selbsts rechnet, ist gleichwohl die ganze Thätigkeit dem Ich angehörig, es bestimmt sich mit dem Bewußtsein der völligen Unabhängigkeit, und in diesem Sinne bestimmt es sich aus sich selbst und durch sich selbst; daher denn auch der endliche Wille nicht anerkennt, daß er von seinen Begierden, Leidenschaften bestimmt werde, sondern immer dem Ich, der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins den Beschluß zurechnet. Wie formell und unwahr auch diese Freiheit der vollendeten Idee der Freiheit gegenüber erscheinen möge, so ist sie doch immer Freiheit; denn das Bedingtsein von Aussen verschwindet im Resultate; in der Vermittlung des gegebenen Inhalts durch das Denken streift das Ich dem Inhalt seine Aeusserlichkeit ab, erklärt ihn für den seinigen und setzt sich unabhängig von ihm. Ebenso ist es nur Sache des Willens selbst, ob er den Akt des reinen Denkens vollziehen und sich darin behaupten, oder ob er das Ich in die Gewalt seiner Natur zurückfallen lassen will. Der

Wille ist keine natürliche Kraft, die etwa ein Subjekt in größerer Energie haben könnte, als das andere. Er erscheint zwar in der Naturform als Trieb, und kann hier allerdings von größerer oder geringerer Intensität seyn. Aber so ist er eben noch nicht Wille. Damit er dies werde, muß gerade jene Naturform gebrochen, die Gestalt des Triebs aufgehoben, die Befangenheit des Geistes in der Sinnlichkeit negirt werden. Nur durch diese Negation, durch diesen Akt des Sichselbstsetzens des Geistes entsteht der Wille aus dem Triebe, nicht als ein bloß Mehreres, sondern als ein qualitativ Anderes, als Gegensatz zu seiner Naturform. Diese, durch das Wesen des Denkens bestimmte, idealistische Natur hat die Freiheit von Anfang an; sie verliert sie aber auch nicht mehr bis zur Vollendung ihrer Idee. Denn, könnte dies je der Fall seyn, so müßte ihr Begriff von Anfang an aufgegeben und dem Determinismus zugestimmt werden. Allerdings besteht die wahre Freiheit nur darin, daß der Geist sich aus seinem Wesen und durch sein Wesen bestimmt. Allein dieses Wesen muß durch ihn selbst gesetzt seyn. Er verhält sich zuerst negativ gegen das Wesen, um es aus sich setzen zu können. Dies eben ist das wahre Wesen des Geistes, der durch und durch Freiheit ist.

2. Die Willkühr.

§. 30.

Macht die reine Freiheit im Willen der Erscheinung das erste Moment seines Begriffs aus, so treibt der Mangel, der in der reinen Freiheit liegt, sofort auch sein zweites hervor, die Bestimmtheit des Inhalts. Ebenso aber, wie in der reinen Freiheit nicht mehr die reine Form allein, sondern diese in der Beziehung auf den Inhalt gesetzt war, so handelt es sich jetzt nicht mehr um den reinen Inhalt allein, sondern

um denselben in Beziehung auf die Form. Bestand nun das Mangelhafte der reinen Freiheit darin, daß sie in ihrer Abstraktion die Unbestimmtheit selbst als ihre Bestimmtheit setzte, so wird die zweite Form der Freiheit das Weitere enthalten müssen, daß nunmehr der Wille aus dem Unbestimmten wirklich das Bestimmte setzt, aber so, daß er von der gesetzten Bestimmtheit sich frei weiß. Diese Form ist die Willkühr.

§ 31.

In der Willkühr vollzieht sich hiermit zunächst die in der reinen Freiheit nur als Forderung liegende Position des Bestimmten aus dem Unbestimmten Aber, sofern beides noch als unterschieden gesetzt ist, vollzieht sich die Forderung noch nicht auf die dem Begriff des Willens angemessene Weise. Auch diese Form der Freiheit ist daher eine wissenschaftliche Abstraktion, die für sich noch nicht die wahre Freiheit, wohl aber ein wesentliches Moment in ihr ist So wenig die reine Freiheit in ihrer Abstraktion mit dem Begriff des endlichen Willens zusammenfällt, da dieser nie reine Formbewegung ist, selbst wo er es seyn will, ebensowenig erschöpft jenen Begriff die Willkühr, da das endliche Ich eben so wenig reine Indifferenz seiner Bestimmungsgründe, als abstrakte Indifferenz gegen alle Bestimmungsgründe ist. Gleichwohl ist die Willkühr, wie die reine Freiheit, ein wesentliches Moment im endlichen Willen, der sich ohne sie nicht zur wahren Freiheit hindurchschlagen kann. Wie die reine Freiheit beim endlichen Willen überhaupt eintritt, sobald der Geist sich zum reinen Denken seiner selbst im Unterschiede von der Natur erhebt, so tritt nun sofort auch die Willkühr bei ihm ein und bildet die charakteristische Form des Willens so lang, bis er zur Einsicht der Nothwendigkeit, seine konkrete Allgemeinheit als seine Bestimmtheit zu setzen, hiemit zur absoluten Freiheit gelangt Auch die Willkühr entsteht aber, wie die reine Freiheit, nicht als ein plötzlicher Akt, sondern ist Resultat eines Bidungs-

processes, freilich jedoch so, daß auch hier das Bedingtsein im Resultate verschwindet, das niemals Naturwirkung, sondern gerade nur Negation dieser seyn kann.

§. 32.

Der Inhalt, welcher nun mit dem Begriffe der Willkühr gesetzt ist, hat noch keine konkretere Bestimmtheit, als die, Inhalt des endlichen Willens überhaupt zu seyn. Die Form ist Position, in welcher das Ich vom Gesetzten frei bleibt. In ersterer Beziehung ist nun ein Gedoppeltes möglich: der Inhalt kann ein natürlich Gegebenes oder ein schon vom Geiste selbst Producirtes seyn. Die Willkühr in Beziehung auf den natürlich gegebenen Inhalt ist jedoch nichts Andres, als die schon betrachtete reine Freiheit, diese in ihrer Entstehung gedacht. Willkühr ist hier nur die Möglichkeit des Geistes, den Akt seiner Unterscheidung von den Trieben zu behaupten, oder nicht zu behaupten, überhaupt Wille zu bleiben oder in die Knechtschaft zurückzusinken, aber nun nicht mehr mit Unschuld, sondern mit Schuld. Mit dem erwachenden Denken nämlich tritt der Widerspruch des Geistes gegen seine Natur ein. Der Geist weiß sich nun der Macht der Triebe gegenüber, und was den unvermeidlichen Kampf entscheiden kann, ist allein der Wille. Er ist das Dritte zwischen dem Denken und Trieb, die reine Form, die entweder das Denken zu ihrem Inhalt macht, oder den Trieb, aber an sich noch Indifferenz gegen beides, mithin Wahl ist. Da der Geist nun selbst sowohl Intelligenz, als Trieb ist, so ist diese Wahl nicht etwa ein beliebiges Schaffen des Einen oder des Andern, sondern sie ist nur die Möglichkeit des Geistes, sich energisch in der einen oder andern Bestimmtheit zu halten.

§. 33.

Wie nun hier der Geist sich entscheide, so ist seine Position eine wesentlich unterschiedene von der Bestimmtheit des natürlichen Willens. Während dieser nämlich in jeder seiner

Bestimmtheiten schlechthin der Natur unterworfen, somit immer in Einem Triebe befangen, daher endlich und begrenzt, im Guten wie im Bösen dieselbe Unschuld ist, so ist der Geist nun als wirklicher Wille die Idealität des Gegensatzes, das Wissen um den Unterschied, daher über die Endlichkeit der Bestimmtheit übergreifende Unendlichkeit. Er selbst setzt das Entweder — Oder, und ist so nicht nur Wahl zwischen Gutem und Bösem, sondern das Vermögen des Guten und Bösen selbst, das beides erst durch seine Position zur Realität gelangt.

§. 34.

Dieselbe Form der Willkühr kontinuirt sich nun aber auch in den gegen seine Natur selbständigen Geist fort, als die der verständigen Reflexion entsprechende Form des Willens. Sie ist hier die Wahl zwischen verschiedenen vom Denken selbst gesetzten Bestimmungen, in Beziehung auf welche das Ich sich als ideale Allgemeinheit verhält, während es doch eine davon wirklich setzt. Der Proceß dabei ist dieser: Das Ich, das sich in irgend einem praktischen Verhältnisse zum Handeln aufgefordert fühlt, ist zunächst Denken dieses Verhältnisses und näher Reflexion über die verschiedenen Seiten und Momente desselben, hiermit Abwägung von Bestimmungsgründen, Vorstellung einer bestimmten Reihe von Möglichkeiten, gegen welche, eben als bloße Möglichkeiten, das denkende Ich ideale Allgemeinheit, Indifferenz bleibt. Eben dieses Abwägen und unschlüssige Schwanken ist aber ein Zeichen der Willenlosigkeit, des energielosen Denkens. Die Entscheidung ist mithin Sache des Willens, als der vom Denken an sich zu unterscheidenden Energie des Ichs, vermöge deren dieses den Drang empfindet, etwas Bestimmtes zu setzen. Es findet dies hier ganz auf die gleiche Weise statt, wie bei der Wahl zwischen den Trieben und der Vernunft, der Wille ist die Bewegung, wovon die Entscheidung ausgeht, die reine, an sich noch inhaltslose Energie des Ichs, sich irgendwie auf bestimmte

Weise zu setzen. Nur das Resultat ist hier ein Andres, sofern es sich hier nur um eine Entscheidung zwischen verschiedenen vom Denken selbst gesetzten Möglichkeiten handelt. Indem nun das Ich jener Bewegung des Willens sich bewußt wird, kann es nur irgend eine der von ihm zuvor gesetzten Möglichkeiten herausnehmen und dem Willen zum wirklichen Inhalt geben, was denn eben den Entschluß ausmacht. Die Wahl ist hiernach ebenso durch das Denken bestimmt, als auch nicht bestimmt. Daß überhaupt eine Wahl zu treffen ist, hat seinen Grund im Denken; aber die bestimmte Wahl ist grundlos; es waren im Denken ebensowohl auch andre Möglichkeiten gesetzt, die ebensogut die Wahl hätten treffen können.

§. 35.

Die Freiheit ist nun aber, wie gesagt, bei beiden im Vorigen unterschiedenen Arten der Wahl die gleiche. Das zu seinem Selbstbewußtsein gelangte Ich ist ebenso ideale Allgemeinheit gegen die Macht des Triebs, als gegen die besondern vom Denken gesetzten Bestimmungsgründe. Die Entscheidung ist beide Male eine Sache, die formelle Energie des über den Möglichkeiten schwebenden Ichs, das zwar zu irgend einem Inhalt, aber weder zu diesem, noch zu jenem greifen muß. Auch da, wo das Ich zwischen Vernunft und Trieb steht, ist der Trieb nicht mehr unmittelbar bestimmende Macht, wie im natürlichen Willen, sondern zu einer Denkbestimmung vermittelt, welche als solche dem Entschlusse vorschwebt. Wenn das Ich hier dem Triebe folgt, so war freilich sein Denken und Wollen ein verkehrtes und das Resultat der freien Wahl ist die Unfreiheit des Ichs. Aber das selbstbewußte Ich war doch die Möglichkeit auch des Gegentheils, es hat sich freiwillig in die Unfreiheit zurücksinken lassen. Dasselbe grundlose Wollen, dieselbe Indifferenz des Ichs gegen die bestimmten Möglichkeiten seiner Wahl bleibt aber dem Willen auch dann noch immanent, wenn er über die reine

Form der Willkühr hinaus und wahre Freiheit ist. Zwar wird dann die Sphäre der reinen Willkühr auf das an sich selbst Indifferente und Zufällige beschränkt. Aber gleichwohl bleibt sie eine nothwendige Form des Willens, ohne welche die Freiheit zum Naturorganismus herabsinken würde. Denn so wenig das Ich schlechthin Indifferenz gegen seine Bestimmungsgründe ist, was einen hohlen, alles Inhalts entleerten Hintergrund des Selbstbewußtseins voraussetzen würde, ebensowenig darf aus dem Begriffe der Freiheit, als der Selbstbestimmung, jemals dieses Moment wieder verloren gehen, welches eben die ideale Allgemeinheit des Ichs gegen allen möglichen Inhalt seiner Bestimmtheit ausdrückt.

Anm. — „Wirft man aus der vollendeten Freiheit, wobei das Ich identisch gesetzt ist mit der zu vernünftiger Allgemeinheit verklärten Seite seines Inhalts, das Moment der Wahlfreiheit heraus, theils daß das Subjekt seine frühere Vermittlung durch die Willkühr hindurch vergäße, theils daß ihm die Möglichkeit und deren Bewußtsein entzogen würde, aus jener konkreten Identität herauszutreten, — so macht man eben damit die freie Dialektik des Willens wieder zur starren Nothwendigkeit, nimmt ihr die Beweglichkeit der Subjektivität und den Nerv der Freiheit. Die Selbstbestimmung hat überhaupt nur in dem Sinne Bedeutung, daß damit eine Energie des Freien ausgesagt wird; diese fiele aber weg, wenn eine unmittelbare Einheit des Nothwendigen und der formellen Freiheit stattfände; letztere wäre Schein, und das Ganze nur eine andere Gestalt der immanenten Zweckmäßigkeit der Naturobjekte. Ohne Willkühr gibt es daher keine wahre Freiheit. Im empirischen Leben tritt ausserdem die Willkühr in allen Verhältnissen und Beziehungen mit vollem Rechte ein, wo das Subjekt sich nicht durch die vernünftige Allgemeinheit der Ueberzeugung

bestimmen kann. So gewiß in aller Erscheinung ein Objektivnothwendiges und Vernünftiges enthalten ist, ebenso gewiß ein Zufälliges, da beide Seiten nur durch ihren Unterschied und Gegensatz denkbar sind, und die eine unmittelbar mit der Vernichtung der andern verschwindet." (Vatke a. a. O. S. 70. 71.). —

So sehr Recht der Determinismus gegenüber der flachen Verstandesansicht hat, welche den Begriff des Willens in dem der Willkühr abschließt, so wenig treffen doch seine Einwürfe die obige Darstellung. Derselbe hat Recht, wenn er behauptet, daß die bloß formell gefaßte Freiheit die Unfreiheit selbst sei, da das bloß formelle, in der Abstraktion von dem gediegenen Hintergrunde seines Selbstbewußtseins aufgefaßte Ich allerdings nothwendig von den empirisch gegebenen Elementen abhängig bleibt. Die Möglichkeit eines ganz formellen Wahlakts zugegeben, so könnte ein solcher doch nur Einmal gedacht werden, da mit dem Resultate desselben der gewählte Inhalt als mit bestimmend hinzuträte und hiemit die reine Spontaneität aufhöbe. Allein selbst jene Möglichkeit muß geläugnet werden, da ein solcher Wahlakt in sich ganz zufällig und in Wahrheit vielmehr das rein formelle Ich dem Impuls der gegebenen Elemente unterworfen wäre. Allein das ist eben der Irrthum, daß das Ich irgend einmal ohne Inhalt seyn müsse. „Wenn das Ich in der Weise der reinen Abstraktion als erstes Moment des Willens auftritt, so hat es schon durch den theoretischen Proceß des Bewußtseins und eine Reihe halbbewußter Willensakte einen relativerfüllten Kern erhalten, von dem das reine Ich die einfache Form der Allgemeinheit ist. Das klare Selbstbewußtsein ist keineswegs mit Einem Schlage da, sondern nur als Resultat stetiger Vermittlung zu denken; deshalb ist denn auch die Willkühr in ihrer reinen

Begriffsform als empirischer Zustand undenkbar. So lange man die abstrakte Vorstellung von einem ersten Wahlakte festhält, wird man den Determinismus nie wahrhaft überwinden." Eben darum hat nun aber auch umgekehrt gegen die obige Darstellung der Determinismus sein Recht verloren. Er läugnet die Wirklichkeit freier Selbstbestimmung, und behauptet vielmehr daß der Wille immer durch etwas von ihm selbst Verschiedenes, sei dies nun ein empirisch Gegebenes, wie die Triebe, die äussern Umstände, oder ein Innerliches, wie das Vorstellen, die vernünftige Einsicht 2c. 2c., bestimmt werde. Die erstere Form lassen wir hier noch dahin gestellt seyn, da sich weiter unten nähere Gelegenheit ergeben wird, ihre Unwahrheit aufzuzeigen. Was aber die zweite betrifft, so gehört ihre Besprechung allerdings hieher. Wenn nur in seinen besonneneren Vertretern der Determinismus zugiebt, daß der Geist auch im Sturme der Triebe, der Affekte die Fähigkeit habe, sich nicht zu verlieren, bei sich zu bleiben, so könnte man ihn sogleich beim Worte nehmen, und fragen, ob er sich denn wirklich eine solche ideelle Energie als bloße Naturgabe, als bloßes Resultat äusserer Umstände denken könne, während doch letzteres der Determinismus selbst nicht als ausschließlich statuirt, ersteres aber unbegreiflich ist, da in jener ideellen Energie des Geistes gerade der Akt seiner Negativität gegen seine Natur liegt? Aber freilich ist hierauf der Determinismus mit der Antwort bereit, daß der Wille vom Wissen determinirt werde, und er macht den Gegenvorwurf, daß die Willkühr, als ein Wollen ohne Denken, psychologisch undenkbar sei. Eben dieser Vorwurf jedoch trifft die obige Darstellung nicht, da diese gerade davon ausgeht, daß der Wille durch die Vermittlung des Denkens sich bestimme, und nun nur den Satz aufstellt, daß derselbe keineswegs

mit Nothwendigkeit gerade durch diesen oder jenen besonderen Bestimmungsgrund determinirt w rde. Ebenso unrichtig ist nun aber auch die positive Behauptung des Determinismus, daß der Wille mit Nothwendigkeit durch das Wissen bestimmt werde. „Dies erhellt vor Allem aus dem Falle, wenn die Ueberlegung in sich selbst unentschieden ist, wo dann der Impuls zur Entscheidung allein vom Willen ausgeht, der zur That, aber zu irgend einer eilt. Die einzige Ausflucht, welche hier dem Determinismus noch möglich ist, und auf welche er so oft rekurrirt, daß hier dennoch irgend ein, vielleicht bewußtloser, Gedanke die Entscheidung herbeiführe, trifft, wenn gleich in manchen Fällen, doch in jenen nicht zu, deren Einfachheit ein ganz klares Bewußtsein ihrer Beziehungen und doch eine Mannigfaltigkeit der Akte für dasselbe Bewußtsein, damit den Willen zuläßt. Allein, auch daß der Wille gegen das vernünftige Bewußtsein für die von diesem verworfene Lust sich entscheiden könne, — diese Thatsache ist so evident, daß der besonnene Determinismus sie zugiebt, und nur, um die darin sich manifestirende Freiheit des Willens wegzuraisonniren, sie verschieden zu erklären versucht, entweder, indem er behauptet, daß Jemand bei vernünftigem Bewußtsein sich dennoch für das Böse entscheide, sei ein Beweis von einer doch im Momente der That den Willen bestechenden falschen Imagination der Lust, oder aber indem er behauptet, jene Thatsache beruhe auf einer ursprünglich verschiedenen Kräftigkeit des Willens. Wenn in dieser lezteren Ausflucht der Wille mit Recht als eine vom Wissen unterscheidbare Thätigkeit zugegeben ist, so ist dagegen das Mangelhafte dabei, den Willen als eine Naturkraft sich zu denken. Was aber das erstere betrifft, so wird allerdings manches Vergehen unter dem Scheine des Guten begangen; geht

aber das vernünftige Bewußtsein seinem Entschlusse und seiner Ausführung wenigstens voran, was bei dem wirklich zurechnungsfähigen Vergehen der Fall ist, so ist dies, daß der Geist an die Lust Koncessionen macht, wodurch er allerdings auch ihrer Sophisterei nothwendig verfällt, nur die Schuld seines Willens, der sich energisch auf die Seite der in's Bewußtsein getretenen Idee schlagen kann, aber auch nicht." (Wirth. I. S. 72. 73. vgl. Vatke S. 77. 78.)

3. Die absolute Freiheit

§. 36.

Die Willkühr hat nun aber ihre Endlichkeit darin, daß sie den besonderen Inhalt eben nur als besonderen setzt, und nicht als allgemeinen, vielmehr sich gerade damit begnügt, den nur besondern Inhalt statt des allgemeinen geltend zu machen. Dadurch setzt sie das Wesentliche zum Zufälligen herab und geräth entweder, wenn das Ich während des Handelns des Rechts der wesentlichen Allgemeinheit des Verhältnisses sich bewußt wird, in die Schwäche und das innere Zerwürfniß des Nichtwollenkönnens hinein, oder, wenn das Ich im Leichtsinn und Uebermuth den Knoten zerhaut, endet sie in der Qual der Reue, des nachkommenden Bewußtseins der wesentlichen Potenzen der Idee.

§. 37.

Aus diesem Widerspruche heraus bestimmt sich denn endlich der Wille dazu, die Allgemeinheit selbst als seine Bestimmtheit zu setzen, in jedem praktischen Verhältnisse dessen wesentlichen Inhalt, seinen Begriff zu erkennen und zu verwirklichen. So ist er die absolute Freiheit, unendliche, über alle Schranken der Endlichkeit übergreifende Allgemeinheit. Sein Inhalt fällt mit der Objektivität der Sache selbst zusammen, deren innerer Nothwendigkeit er genug thut, daher ihm hinter-

her keine Reue kommen kann; andrerseits ist diese Objektivität gesetzt durch die Subjektivität des Willens selbst. Das Ich ist darin frei aus seinem selbstgesetzten Unterschiede mit sich vermittelte Einheit.

§. 38.

Diese absolute Freiheit ist aber nicht Aufhebung der vorhergehenden Formen der Freiheit, sondern Bestätigung derselben. Beide sind Momente ihrer Totalität. Denn ohne den Bruch mit allem empirisch Gegebenen, der in der ersten Form liegt, wäre überall keine Freiheit möglich; und ohne das in der Willkühr liegende Moment der Indifferenz des Ichs gegen alle möglichen Bestimmungsgründe würde die absolute Freiheit wieder mit der absoluten Nothwendigkeit zusammen fallen.

Anm. — Im Begriffe der absoluten Freiheit liegt nun freilich, daß der Wille nicht bloß als ein Endliches gedacht werden darf. Wer daher überhaupt nicht von der Vorstellung lassen kann, daß der Wille nur in's Gebiet der Psychologie gehöre, der lasse lieber alle Untersuchungen über die Freiheit bei Seite! Zwar erkennt nun auch der besonnene Determinismus an, daß ein objektives System des Willens möglich sei, wie denn auch die Erfahrung, daß Familie, Staat, Kirche u. s. f. existiren, zu solchem Anerkenntniß nöthigen. Aber freilich behauptet er nun wieder, daß diese objektiven Gestalten Existenzen für sich, keine Erzeugnisse freier Selbstbestimmung seien. Allein eben diese Behauptung hat ihren Grund wieder lediglich in der unspekulativen Zerbröckelung der zusammengehörigen Momente der Idee. Treffend sagt Vatke (S. 84. 85.): „Empirisch ist das reine Ich nicht ohne einen relativ erfüllten Hintergrund des Selbstbewußtseins vorhanden. Dieser Inhalt, welcher dem Ich im Unterschiede von dem unmittelbaren Inhalte des Subjekts überhaupt angehört, und seinen geistigen und freien Kern bildet, wächst mit

der allmäligen theoretischen und praktischen Ueberwindung dieses gegenständlichen Inhalts, bis das ganze Gebiet desselben erobert ist und der Wille damit aus seiner endlichen Erscheinung auf den Standpunkt der Idee, der Einheit des Begriffs mit seiner Realität tritt. — Der gegenständliche, zunächst unmittelbare Inhalt soll geformt, zu höherer Harmonie verknüpft werden, bis er selbst eine in sich konkrete freie Allgemeinheit geworden ist; wie es nur Eine Natur des Menschen giebt, so kann es auch nur Eine vernünftige Allgemeinheit dieses gegenständlichen Willens geben, aber das Subjekt hat einen langen Weg zurückzulegen, um dieselbe zu finden, und bedarf daher verschiedener Ruhepunkte und zugleich der Aussicht auf das ferne Ziel. Jenes sind relative Totalitäten, welche dem Subjekte eine Zeitlang als wahrhafte Allgemeinheit gelten, diese liegt in dem Wissen von der Allgemeinheit überhaupt, welches aber solange abstrakte Vorstellung und Ahnung bleibt, bis das Allgemeine sich in Einheit mit dem Besondern, also als objektive, konkrete Freiheit verwirklicht. Die theoretische Seite des Bewußtseins hält im Allgemeinen mit der praktischen des Willens gleichen Schritt, nur daß von der ersteren der Anstoß ausgeht und dieselbe auch der anderen relativ voraneilt, aber nur in der allgemeinen, abstrakten Anschauung. Das konkrete Erkennen, die innere Lebensgewißheit in Ansehung des objektiven Inhalts, fällt mit der andern Seite der Intelligenz zusammen. So in einander verschlungen, stellen beide Seiten das Ringen des Geistes nach dem vollen Selbstbewußtsein seines Wesens und nach seiner Befreiung von den Schranken der Natürlichkeit dar. Da die Triebe als Inhalt des praktischen Geistes wesentlich eine Richtung nach Aussen haben und ihre Befriedigung in der Aufnahme objektiver Elemente in die subjektive Lebensein-

heit finden, so sind es nicht bloß subjektive Standpunkte, welche diesen Entwicklungsgang bezeichnen, sondern ihnen entsprechend auch objektive Gestalten, die Stiftung und Ausbildung des Familienlebens, der Rechtsverhältnisse, der verschiedenen Erfindungen, wodurch die äussere Natur dem Menschen dienstbar wird, der Verkehr einzelner Volksgenossen und verschiedener Völker mit einander, endlich die sittliche und religiöse Gemeinschaft." Eben diese objektiven Gestalten als wesentliche Entwicklungsglieder in der Idee des Willens zu erkennen, das ist der Rubikon, über den man gehen muß, um zum Begriffe der Freiheit zu kommen.

B.) Die Formen der Nothwendigkeit.

§. 39.

Die Freiheit hat sich gezeigt als Werden aus dem absoluten Wesen des Willens, welcher sie als die Möglichkeit einer neuen ideellen Schöpfung aus der Welt der ersten natürlichen Schöpfung hervorgehen läßt. So sehr nun aber der freiwerdende Geist Negativität gegen sein Wesen ist und gerade in dieser Negativität sein Wesen hat, so hat sich doch zugleich gezeigt, daß diese Negativität keine abstrakte, vielmehr die wahre Freiheit gerade die Rückkehr zum Wesen des Willens, aber freilich nur die durch jene Negativität vermittelte Position des Wesens ist. Durch die Entwicklungsstadien der reinen Freiheit und der Willkühr geht der Geist nur, um in der wahren Freiheit als selbsterrungenen Besitz zu genießen, was er in der Unschuld des Gemüthslebens bereits, aber unbewußt, besessen hatte, die Einheit mit seiner Substanz. Es zeigt sich also, daß der Proceß der werdenden Freiheit kein schlechthiniger Abbruch von der Substanz des Willens ist, diese vielmehr nicht allein der ewige allgemeine Grund der Freiheit bleibt, sondern auch als eine mannigfach gestaltete Nothwendigkeit in den

Proceß der Freiheit im Besondern sich hinein flicht, um endlich als die Objektivität der Freiheit mit ihrer Subjektivität in die selbstbewußte Einheit zusammenzugehen.

§. 40.

Die Substanz des Willens setzt sich nämlich gleichfalls unterschiedene Formen ihrer objektiven Existenz, die in ihrer Gesammtheit das natürliche und das geistige Universum ausmachen und hiermit die substantielle Voraussetzung des einzelnen Geistes, das mütterliche Lebenselement bilden, aus welchem und an welchem er sich zur Freiheit hindurchzuringen hat. Diese objektiven Lebenselemente, Natur, Volk, Familie, Staat u. s. f., welche zwar an sich wieder als Willensschöpfungen eine bloße Möglichkeit sind, bilden für den einzelnen Geist, dem sie in Form der Wirklichkeit vorausgesetzt sind, eine Nothwendigkeit und machen hiemit die Seite der Nothwendigkeit des Willens aus.

§. 41.

Allein hierin liegt sowenig eine Aufhebung der Idee der Freiheit, daß vielmehr diese Idee gerade nur durch ihre Vermittlung mit diesen Formen der objektiv existirenden Substantialität zur vollen Entfaltung ihrer Realität gelangt. Es läßt sich nun aber die gedachte Nothwendigkeit auf drei Formen zurückführen, die Natur, das Kausalitätsgesetz und den absoluten Geist.

1) Die Natur.

§. 42.

Der endliche Geist kommt aus der Natur her, und sie setzt sich in ihn, auch nachdem er bereits denkend von ihr frei geworden ist, fort. Wir haben oben den Willen zunächst als natürlichen Willen kennen gelernt; aber auch, wenn der Geist über diese Form hinaus ist, kann er in krankhaften Zuständen wieder in ihn zurücksinken und den kosmischen Mächten unterworfen seyn.

§. 43.

Allein dies ist sowenig ein Argument gegen die Freiheit, daß vielmehr gerade der Unterschied des natürlichen Zustands von der weiteren, durch das Denken gesetzten Entwicklung des Willens die Freiheit als Forderung hervortreibt, wie denn diese überall nur als die Negation jenes natürlichen Zustandes, als der Bruch des Geistes mit der Natur, als der Akt seiner Selbstunterscheidung von ihr begreiflich ist. Denn, wie der Begriff der Freiheit, so wird auch der Begriff des Geistes überall erst als Negativität gegen die Natur wirklich. Sein Wesen ist Insichsein, Sichselbstabstoßen von der Materie, Selbstbestimmung. Dem Geiste selbst ein natürliches Sein zuschreiben, heißt daher: den Geist läugnen.

§. 44.

Es hat aber dieses Verhältniß des Geistes zur Natur seine noch tiefere Wahrheit in der Einsicht, daß die Natur selbst von ihren einfachsten Gebilden herauf bis zum Menschen der Proceß ist, die Aeusserlichkeit immer mehr aufzuheben und zum reinen Insichsein zu kommen. Sie selbst ist ein stetes Ringen nach dem Geiste, nach der Idealität, der Freiheit, die sie als Naturseele noch nicht zu erreichen vermag. Aber der im Bruche mit ihr zu seiner Realität kommende Geist ist eben darum der Vollender jenes Processes, der Erlöser der Natur, der ihre Sehnsucht stillt. Ja noch mehr: die Natur ist, tiefer aufgefaßt, allerdings nicht nur das endliche Entwicklungsmedium für den Geist, sondern sie ist sogar als seine ursprüngliche Substanz aufzufassen, in welcher alle Produktionen seiner Freiheit ihre Wurzel haben. Allein auch so verhält sie sich zum Geiste nicht als abstrakte Nothwendigkeit. Denn einerseits ist die geistige Natur eines Volks, der substantielle Boden seines Geistes, doch nur die allgemeine Möglichkeit seiner Geschichte, die ihre konkrete Erfüllung erst durch die freien Thaten der individuellen Geister erhält: andrerseits

kann mit ebensovielem Rechte gesagt werden, daß der freie Geist eines Volks sich seine Nationalität, den substantiellen Boden seiner jedesmaligen Gegenwart, als seinen durch freie That gebildeten Charakter selbst zeuge.

Anm. — Es ist die krasseste Form des Determinismus, welche die Freiheit deshalb läugnet, weil der Geist den Gesetzen des natürlichen Seins unterliege. Diese Form ist in der Literatur des Strafrechts hinlänglich bekannt, da sich seit langer Zeit nicht sowohl die Juristen, welche durch die praktisch psychologische Uebung vor solchen Verirrungen bewahrt bleiben, als die Aerzte ein angelegentliches Geschäft daraus machen, den Materialismus zu predigen. Auf diese Erscheinung im Besondern wird unten bei der Aufhebung der Zurechnung durch Seelenkrankheiten näher einzugehen sein. Hier handelt es sich nur davon, die Ansprüche des Materialismus im Allgemeinen abzuweisen. Es gibt nun gewisse Arten von Verkehrtheiten, die man nur in ihrer ganzen Naktheit sich selbst aussprechen lassen darf, um sofort jede Widerlegung als überflüssig erscheinen zu lassen. In dieser Beziehung leistet uns ein alter Jurist, der gerade mit Rücksicht auf das Strafrecht den Materialismus durchzuführen suchte, treffliche Dienste, daher wir uns damit begnügen wollen, einige Kraftstellen von ihm hierherzusetzen: „Nachdem ich," sagt er, „dieses Wenige zum Voraus gesetzt, will ich nunmehr darthun, daß es ein Betrug der Sinne, ein angenehmer Traum, eine bloße Erscheinung ist, wenn wir frei zu sein glauben. Hier begehe ich gleich meinen ersten Fehler. Ich will zeigen — lächerlicher Ausdruck! Es hätte heißen sollen: ich muß. Ich will, — dies Wort heißet nichts Anderes, als: viele kleine, tief in der Natur verborgene Räder drückten auf meine Seele, daß sie zu dieser Sache den Hang bekam ...

Es ist anjetzt bloß die Frage, ob unsere Seele ein Vermögen habe, ohne von aussen in sie erzeugte Vorstellungen etwas von sich selbst zu thun. Dergleichen Vermögen ist in ihr nicht anzutreffen, weil sonst etwas ohne zureichenden Grund geschehen würde, sondern, wie die Wage ohne eingelegtes Gewicht ewig stille steht, so würde auch der menschliche Wille ewig todt sein, wenn nicht von aussen her gewisse, durch nahegelegene Dinge entsprungene Vorstellungen ihn belebten. . . . Das Gefühl, unsere Augen, Ohren, und mit Einem Worte die Sinne tragen allerlei Gestalten und gewisse Bilder in's Gehirn, fast auf dieselbe Art, als wenn in einer finstern Kammer auswärtig erleuchtete Gegenstände sich abmalen. Diese Bilder drücken sich in das Gehirn ein, bleiben hangen, und werden die Vorrathskammer des Gedächtnisses ... Es ist glaublich, daß die Seele ungefähr beim Ursprunge der Nerven ihren Sitz aufgeschlagen habe. Hier sitzt sie, wie eine Spinne, die ihre Fäden durch den ganzen Leib ausgespannt hat, und vermittelst der allenthalben verbreiteten Nerven die allerkleinste Erschütterung augenblicklich merkt, aber auch himwiederum durch einen sehr flüssigen Saft an eben solchen Fäden selbst herabschießen, d. h. den Körper bewegen kann, nach der Art, wie sie selbst von den Bedürfnissen des Körpers dazu bestimmt worden ... Tugend ist weiter nichts, als eine glückliche Mäßigung der Säfte und des Geblüts; Sittsamkeit ist eine Wirkung der Auferziehung und des Temperaments. Keusch sein, heißt: wenig Fleisch und Blut haben ... Die Worte haben bei einem Menschen dieselbe Bedeutung, welche beim Hunde der Prügel hat. Dieser gewöhnet den Thieren Unarten ab. Wenn man ihn schläget, bekümmert man sich nicht darum, ob er frei sei oder nicht, sondern man ist böse und zornig. Was bei dem Hunde

der Prügel, das sind bei vernünftigen Geistern Ermahnungen und Gesetze. . . . Frage: Wie kommt der Dieb dazu, daß er gehängt werden soll, da er doch seiner Natur nach ein Dieb ist? Antwort: Wie kommt der Wolf, wie kommt der arme Floh dazu, daß du sie tödtest, da sie doch ihrer Natur nach des Fleisches begierig? Frage: Ein Mensch ist ja kein Hund, kein Floh, kein Wolf. Antwort: Das weiß ich, aber darin kommen sie doch überein, daß man dem Floh nichts zurechnen kann."

2) Das Kausalitätsgesetz.

§. 45.

Die Freiheit hat zum Medium ihrer Erscheinung die endliche Welt und diese überhaupt steht unter dem Kausalitätsgesetze, unter welches daher auch die Evolution der Freiheit fällt. Hiemit scheint nun aber die Freiheit schlechthin negirt zu sein. Denn das Käusalitätsgesetz hat den Sinn, daß jedes endliche Ding andere endlichen Dinge zu seinen nothwendig determinirenden Ursachen habe, ebenso aber selbst wieder die Ursache anderer endlichen Dinge bilde, woraus sich denn ein unendlicher Regreß und Progreß von Ursachen und Wirkungen ergibt.

§. 46.

Allein eine tiefere Auffassung des gedachten Gesetzes hebt den scheinbaren Widerspruch wieder auf. Das Kausalitätsgesetz ist nämlich wesentlich nur ein Gesetz der endlichen Dinge, das aber eben deswegen das Wesen der Freiheit nicht ausschließt. Dasselbe enthält einen inneren, formellen und materiellen Widerspruch, einen formellen, sofern das selbst nur Gesetzte zugleich das Gegentheil des Gesetztseins, nämlich selbst das Setzende eines Andern sein soll, — einen materiellen, sofern die Wirkung, als gesetzte Ursache, nur das Sein dieser Ursache selbst sein kann, und doch die endlichen Dinge ihrem

Inhalte nach verschieden sein sollen. Dieser Widerspruch liegt aber in der Sache und enthält zugleich seine Lösung in sich selbst. Eben nur für die endlichen Dinge ist nämlich der Satz wahr, daß jedem in Beziehung auf das andere die Spontaneität des Ursacheseins zukomme. Denn es liegt im Begriff der Endlichkeit, daß das endliche Ding bestimmt, hiemit nur durch andere bedingt sei. Diese Bestimmtheit und Bedingtheit ist somit eine druchgängig wechselseitige, und es ist das Gesetz der Wechselwirkung, worin das als unendlicher Regreß und Progreß erscheinende Kausalitätsgesetz seine Wahrheit findet. Hierin liegt nämlich, daß die wirkende Ursache ebenso wieder Wirkung des von ihr Gewirkten ist, sofern sie von diesem vorausgesetzt wird, und umgekehrt. Damit sind aber jene Widersprüche gelöst: denn einerseits versteht es sich nun von selbst, daß das Gesetzte zugleich selbst ein Setzendes ist, weil es sich seine eigene Ursache voraussetzt, hiemit diese zur bloßen Voraussetzung herabsetzt, während es selbst als das Spontane, Selbstständige erscheint; andererseits ist es zwar ganz richtig, daß die Wirkung das Sein der Ursache ist, allein, da dasselbe Verhältniß auch umgekehrt stattfindet, so erhellt, daß bei aller Gemeinschaftlichkeit des Inhalts doch auch zugleich eine Verschiedenheit desselben stattfinden muß, da die Ursache in ihrem Werden zur Wirkung jedesmal an diese das Princip des Spontanen, der selbstständigen Existenz abgeben muß. Die Welt der Endlichkeit ist dem Proceß des Werdens unterworfen, und eben dieser Proceß, der die Bewegung der Wechselwirkung ist, hat seine Darstellung daran, daß das eine Ding ebensowohl als Bedingung, wie als Bedingtsein erscheint.

§. 47.

In diesem Sinne ist es nun aber ganz unbedenklich, auch die Freiheit unter das Kausalitätsgesetz zu stellen. Ihr Akt ist allerdings durch äussere Ursachen mannigfach bedingt.

Allein dieses Bedingen von Seiten der äusseren Ursachen ist ebensowohl Bedingtsein durch die Freiheit, d. h. die Ursachen sinken zu bloßen Voraussetzungen der freien Wirkung herab und diese erscheint vielmehr als das Setzende, Bedingende, Spontane, das jene äusserlichen Voraussetzungen, indem es sie gebraucht, in sein eigenes Wesen verwandelt und hiemit ein neues Gesetz in die Welt bringt, während es zugleich den Gesetzen dieser Welt sich fügt.

Anm. — Die Antinomie der Freiheit und des Kausalitätsgesetzes hat zwar ihr vorzügliches Medium in dem Verhältniß der Freiheit zur Natur, da gerade die Natur das wesentlich dem Kausalitätsgesetze Unterworfene ist. Gleichwohl wird das wahre Verhältniß des Geistes zur Natur in der Regel noch leichter zugegeben, weil man sich doch scheut, den Materialismus in seiner krassesten Gestalt offen zu bekennen, und weil andererseits die Einsicht, daß die schaffende Naturseele die nach der freien Idealität des Geistes ringende Sehnsucht ist, der gemüthvollen Anschauung nahe liegt. Die Wahrheit solcher Gegensätze wird nun immer leichter zum Bewußtsein gebracht, als die Lösung solcher Antinomieen, welche auf den Gegensätzen der reinen Reflexion beruhen; und eben unter diese gehört die vorliegende ganz besonders. Der widerspenstige Verstand will durchaus nicht zugeben, daß die Freiheit mit dem Kausalitätsgesetze zusammenbestehen könne; und es ist bezeichnend, daß er in der Regel seine Argumente nicht sowohl aus der Nothwendigkeit des sinnlichen, als des geistigen Universums holt. Solcher Verstand sieht oft sehr herab auf den Materialismus, der im Geist nur die auf's Feinste organisirte Materie sieht, obwohl nicht selten ein derartiger Materialismus viel geistreicher ist, als die darauf herabsehende Reflexion. Er nimmt den Willen als frei an, den Geist als ver-

schieden von der äussern Natur. Aber nun sieht er doch, daß auch im geistigen Universum das Kausalitätsgesetz regiert, daß Nationalität, Familientypus, Temperament, Erziehung, Schicksal, Beispiel, eigene Bildung und tausenderlei andere Dinge den Willen bestimmen. Hat er daher gleich den Geist von der äussern Natur emancipirt, so weiß er sich doch keinen Rath, wie er ihn hier dem Kausalitätsgesetze entreißen soll, das ihm eben hier um so mehr imponirt, je mehr es mit den hergebrachten Vorstellungen von göttlicher Weltordnung, Zusammenhang des geschichtlichen Verlaufs u. s. f. harmonirt. Derselbe Verstand ist es freilich, der auch wieder umgekehrt dem Determinismus des Kausalitätsgesetzes den schalsten Indifferentismus des als abstrakte Willkühr gefaßten Willens entgegenstellt, wie es ihm denn gar nichts darauf ankommt, im Gebiete der Geschichte das Größte aus dem Kleinsten abzuleiten und zugleich doch wieder nichts merkwürdiger zu finden, als daß der und der nun wirklich so gehandelt habe, da es doch so leicht auch hätte anders und wieder anders sein können. Indessen hat schon Kant die hier vorliegende Antinomie in ihrer ganzen Schärfe klar entwickelt und ihre Lösung nur darum nicht zu Ende gebracht, weil er bloß eine äusserliche Vermittlung der Freiheit und der erscheinenden Nothwendigkeit zu Wege brachte. Dies war der Fall, wenn er sagt, die zur Möglichkeit einer freien Handlung nothwendigen Naturbedingungen betreffen nicht die Bestimmung der Willkühr selbst, sondern nur den Erfolg derselben in der Erscheinung. Allein dies ist keine wahre Versöhnung des Widerspruchs, da auf solche Weise vielmehr die Glieder des Gegensatzes neben einander bestehen bleiben. Um eine wahre Versöhnung hervorzubringen, muß man vielmehr das endliche Kausalitätsgesetz in das absolute auf-

lösen und zu der Einsicht kommen, daß dasselbe durch sich selbst in das Gesetz der Wechselwirkung hinübergetrieben wird, wo denn das Bedingte ebensosehr als Bedingung erscheint und seiner vorausgesetzten Bedingung die Dignität des Ursächlichen benimmt, indem es dieselbe auf sich selbst überträgt und seine Bedingung zu einer bloßen Sollicitation herabsetzt. Nur gar zu gern schieben die Verbrecher die Schuld ihrer bösen Thaten auf die äusseren Umstände, welche sie verführt haben; aber es ist ihnen zu erwiedern, daß dieselben Umstände auch bei honetten Leuten vorkommen, ohne sie zu verführen, und daß die Verführungen nur bei denjenigen auschlagen, welche sich gern verführen lassen.

3) Der absolute Geist.

§. 48.

Noch mehr aber, als das in der Endlichkeit herrschende Kausalitätsgesetz, scheint der Begriff der Freiheit der des Absoluten entgegenzustehen, welches, als absolute Kausalität gefaßt, alle menschliche Freiheit ausschließt. Der Determinismus auf dieser seiner höchsten Spitze hat eine doppelte Seite, eine subjektive und objektive, indem er einerseits die Freiheit des einzelnen Menschen, andrerseits die Freiheit im Entwicklungsgange der ganzen Menschheit läugnet.

§. 49.

Was die subjektive betrifft, so ist diese bekanntlich vornämlich auf dem religiösen Gebiete hervorgetreten und hat sich in der Augustinischen Lehre von der Gnade und der Prädestination, besonders in deren konsequenter Darstellung bei Kalvin und neuerdings bei Schleiermacher, geltend gemacht. Sie fällt aber in ihrem wesentlichen Resultat zusammen mit dem spinozistischen Begriffe des Absoluten als der in allen Gegensätzen der natürlichen und geistigen Welt sich selbstgleichen

Einen Substanz. Sieht man nämlich ab von den inkonsequenten Modifikationen, womit man den religiösen Determinismus dem gemeinen Bewußtsein mundgerecht zu machen versucht hat, so fällt derselbe mit dem philosophischen zusammen, wornach das Absolute schlechthinige Einheit alles Bedingten, oder — nach dem Kausalitätsverhältnisse — schlechthinige Einheit aller endlichen Ursachen und Wirkungen ist. Wenn also auch gegenüber dem endlichen Kausalitätsgesetze die Freiheit sich retten ließe, so würde sie doch dem absoluten verfallen. Ja, nach jener philosophischen Ansicht besteht sogar beides zusammen. Der endliche Kausalnexus ist ihr in seinen einzelnen Gliedern durch endliche Ursachen bestimmt. Das Absolute als solches setzt nicht das Einzelne, sondern nur das Ganze. Aber eben im Ganzen ist auch das Einzelne mitbestimmt. Möchte daher immerhin die Freiheit gegen den endlichen Kausalnexus als ebenso mitbestimmend, wie bestimmt, sich noch halten lassen, so wäre dies doch immer nur eine endliche Betrachtungsweise. Dagegen müßte sie, sub specie aeterni angesehen, nur um so gewisser in der absoluten Kausalität der Substanz untergehen.

§. 50.

Diese Ansicht, welche ein tiefspekulatives Moment enthält, ja den Anfang der Spekulation selbst bildet, läßt sich auch in der That nicht von einem untergeordneten Standpunkt aus, sondern nur dadurch widerlegen, daß sie selbst zu ihrer höheren Wahrheit weiter geführt wird. Dies geschieht aber vermittelst der Einsicht, daß die Kausalität eine dem Absoluten keineswegs angemessene Kategorie ist, dieses vielmehr wahrhaft nur als Geist aufgefaßt wird. Wenn gleich nämlich dem Willen Kausalität zukommt, so erschöpft diese doch den Begriff des Willens lange nicht, der wesentlich Selbstbestimmung, Ichheit ist. Kausalität ist eine Kategorie der bloßen, noch nicht zum Geiste vermittelten Substanz. Allein die wahre

Spekulation zeigt schon im organischen Processe der Natur das Princip der Freiheit als ringend gegen die Macht des Kausalnexus auf; was aber dort nur als Drang erscheint, das kommt im Geiste zum Durchbruch. Allerdings muß von der Substantialität des Absoluten, seiner All-Einheit ausgegangen werden, wie denn auch mit Spinoza die neuere Spekulation hievon ausgegangen ist. Allein bei diesem Anfang kann nicht stehen geblieben werden. Mit dem Begriffe der reinen Einheit, welche die Substanz ist, findet sich ein innerer Gegensatz gesetzt, nämlich einmal die Einheit als unendliche All-Einheit (die hiemit noch unbestimmte Einheit aller möglichen Bestimmtheit), sodann aber dieselbe als Einzelheit, Alleinheit (eben weil jene unbestimmte unendliche Einheit selbst bestimmt und zwar eben nur als reine Einheit bestimmt ist). Diese Bestimmtheit ist aber dem Absoluten nicht angemessen, sofern es unendliche Einheit ist; daher ist in dem Absoluten ein Widerspruch seines Wesens und seines Gesetztseins. Derselbe löst sich, indem sich das Absolute setzt als ein unendlich Bestimmtes, wodurch es eben in seiner Bestimmtheit seine Unendlichkeit wiederherstellt. Diese vom Absoluten gesetzte unendliche Bestimmtheit ist nun die Natur. Das Werden der Natur aus dem Absoluten ist nothwendig, weil nur dadurch die Unendlichkeit wirklich werden kann, indem sie im unendlichen Fluß des Werdens das Endliche unendlich über sich hinausgehen und andres Endliche zeugen läßt. Allein diese Unendlichkeit der Endlichkeit ist nicht die wahre, da alle ihre Bestimmtheiten als endliche Gestalten fixirt werden, die Unendlichkeit hiemit nicht in ihnen selbst, sondern immer nur über sie hinaus, als unendlicher Proceß ist. Um nun auch actu zu sein, was sie potentia ist, muß daher die Unendlichkeit aus dieser unendlichen Bestimmtheit in die Einzelheit zurückgehen, in diese das Universum reflektiren und in ihr Selbstbewußtsein des Absoluten werden. So aber wird das Absolute Geist,

Ich, Wille; so ist es über die Kategorie der Substantialität und Kausalität weit hinaus, und negirt die Freiheit nicht mehr.

§. 51.

Die Natur ist nach dieser Ansicht nicht minder, als die Ichheit, ebenso sehr nothwendig, als freie Position des Absoluten. Beide sind Reflexion des Unendlichen in sich, aber die Ichheit ist erst diese Reflexion als absolute. Auch die Natur ist weder Abfall vom Absoluten, noch ein Selbständiges gegen dasselbe, vielmehr seine eigene Selbstentäusserung zur Sphäre der Nothwendigkeit, in welcher Vernunft und Freiheit nur als Innerliches, nicht als wacher Geist vorhanden sind. Der Geist aber ist sowohl das Resultat des Vermittlungsprocesses durch die Natur, als auch dem Principe nach das Erste; er ist der zu sich selbst gekommene Begriff des Absoluten, die adäquate Existenz des Unbedingten und Unendlichen, eben darum aber auch, wie das Resultat, so der Grund des Schöpfungsprocesses. Keineswegs sind also Natur und Geist koordinirte Attribute des Absoluten. Vielmehr ist der schöpferische Wille in der Natur Wille der Nothwendigkeit; diese Nothwendigkeit ist zwar durch den Geist bestimmt, aber diese Bestimmung ist nicht Selbstbestimmung, sondern Bestimmtsein, so daß die Natur als solche das Unfreie selbst ist, welches die Vernunft und Freiheit nur als sein Ansich in sich hat. Die Natur ist nun zwar der unendliche Drang des Absoluten zu seiner Verklärung im Geiste, aber eben, weil dieser Drang sich erst damit erfüllt, daß aus dem dunkeln Schooße der Natur der Geist an's Licht geboren wird, so ist der Wille in der Natur noch nicht Freiheit, sondern Nothwendigkeit, er hat sich in der Nothwendigkeit der Natur seine eigene Voraussetzung gemacht, durch deren Aufhebung er sich als freie Selbstbestimmung realisirt. Die Natur ist mithin einerseits Schöpfung, Gesetztsein durch das Absolute, von ihm abhängig,

andrerseits selbst eine nothwendige Bestimmung im Proceß des Absoluten, das empirisch Erste, die Nothwendigkeit im Unendlichen. Beide Seiten ergänzen sich, indem diese Nothwendigkeit sich als Voraussetzung der Freiheit erweist, welche diese sich selbst gemacht hat. Selbst die Natur steht also nicht bloß unter der Kategorie der Kausalität, da sie sonst identisch mit dem Absoluten wäre, während sie doch die Selbstentäusserung des Unendlichen an die endliche Bestimmtheit darstellt. Vielmehr sie ist das vom absoluten Willen selbstgesetzte Anderssein seiner selbst, so daß er selbst in ihr der Nothwendigkeit unterworfen, passive Intelligenz, Negation des Willens ist. Aber allerdings ist die ringende Seele der Natur eben dieser absolute Wille, der sich, sie stufenweise verklärend, aus ihr zur Freiheit hervorbringt. Der endliche Geist bildet den großen Wendepunkt. Er hat die Natur zur Mutter und steht nach dieser Seite allerdings unter dem Gesetze der strengen Nothwendigkeit, welches von keiner Allmacht durchbrochen werden kann (denn der absolute Wille in der Natur ist eben die absolute Naturmacht); aber in ihm bricht die in der Natur an sich gesetzte Vernunft und Freiheit zum Fürsichsein durch.

§. 52.

Gerade dieses Verhältniß des Geistes zu der Natur ist es, welches von den philosophischen und theologischen Systemen, die das Absolute als Kausalität auffassen, durchaus verkannt wird. Die theologische Prädestinationslehre muß insbesondere, wenn sie irgend konsequent sein will, die selbständige Bedeutung des Sündenfalls und die Vorstellung des demselben vorhergehenden Handabthuns Gottes ebenso wie die Distinktionen zwischen dem formale und dem materiale malae actionis aufgeben; sie muß auch das Böse und seine Folgen auf die absolute Kausalität zurückführen, und darf vor der Folgerung der Vorherbestimmung zur Verdammniß nicht zurückweichen. Es genügt nicht, göttliches Vorherwissen und Vor-

herbestimmen zu trennen, oder einen vorhergehenden und nachfolgenden Willen Gottes zu unterscheiden, denn beides widerspricht dem Begriffe der Kausalität. Ebensowenig liegt eine Aushilfe darin, daß dem Menschen auch abgesehen von der absoluten Kausalität eine relative Spontaneität, nämlich die Fähigkeit, der Gnade zu widerstehen oder nicht zu widerstehen, zugeschrieben wird. Denn einerseits müßte das Nichtwiderstehen doch als eine Aktivität gedacht werden, andrerseits verbeut der Begriff der absoluten Kausalität, ein positives Mitwirken des Menschen zum Proceß der Gnade anzunehmen. Vielmehr müssen Präscienz und Prädestination als identisch gesetzt, und es darf neben der absoluten Kausalität keine relative angenommen werden, die nicht von jener gesetzt wäre. Aber freilich ist die nothwendige Folge hievon, daß Gott auch das Böse wirken muß und daß der Schuldbegriff vernichtet wird. Abgesehen nämlich von der Schwierigkeit, sich in Einem Akte göttliche und menschliche Freiheit als unmittelbar identisch, einen persönlichen Willen als in einen andern übergehend sich vorzustellen, so ist jedenfalls klar, daß die menschliche Freiheit schlechthin in der absoluten Kausalität untergehen muß, man denke nun diese abstrakt, oder man hypostasire ihr ein jenseitiges persönliches Wesen. Denn es erscheint im letzten Fall die menschliche Freiheit nur als die Bestimmtheit im freien Willen Gottes, im ersten sinkt sie zum Sichbestimmtwissen, d. h. zum Gefühl der absoluten Abhängigkeit herunter. Dieser Konsequenz läßt sich durch keine Ausflucht ausbeugen. Meint man nämlich, derselben dadurch zu entgehen, daß man eine Selbstbeschränkung der Allmacht annimmt, wodurch eine von ihr unabhängige Kausalität gesetzt werde, und als diese Schranke die Freiheit des endlichen Geistes bezeichnet, so steht entgegen, daß einmal eine Selbstbeschränkung der absoluten Kausalität ganz undenkbar ist, und, angenommen, sie wäre es, noch viel weniger eingesehen werden könnte, wie eben mit

dem endlichen Geist der Kausalnexus abbrechen sollte, während doch die Natur, welche allein die Basis der Freiheit sein kann, keine Schranke für die göttliche Allmacht sein soll. Es ist hier das Verhältniß des Geistes zur Natur geradezu in sein Gegentheil verkehrt; daher denn auch die Vorstellung, daß die göttliche Allmacht an die Naturnothwendigkeit nicht gebunden sei, vielmehr sie willkührlich aufheben könne, sowie die mechanischen und mystischen Vorstellungen vom Concursus dei. —

§. 53.

Gegen diesen Determinismus scheint daher der einzige Ausweg in dem entgegengesetzten Systeme des Indeterminismus zu liegen, das denn auf religiösem Gebiete im Pelagianismus und neuerdings wieder im Rationalismus sich geltend gemacht hat. Der spekulative Kern ist hier aber freilich ein dürftiger und reducirt sich auf den Dualismus von Reflexionsgegensätzen, die, als letztes festgehalten, einen offenbaren Widerspruch bilden. Zunächst scheint nämlich durch diese Ansicht die menschliche Freiheit gerettet zu werden. Auch ist an ihr in der That das Moment der reinen Freiheit, sowie das der Willkühr als wesentlich ganz richtig hervorgehoben. Was aber fehlt, ist gerade die Hauptsache, nämlich die Idee der absoluten Freiheit, von deren lebendigstem Gefühle die Prädestinationslehre ausgeht. Das Verhältniß der endlichen Freiheit zum absoluten Willen ist beim Pelagianismus auf eine sehr oberflächliche Weise bestimmt. Denn wenn hiernach das Können, die Wahlfreiheit des Menschen von Gott, das wirkliche Wollen und Sein aber vom Menschen abhängt, so ist damit ein wirklicher Unterschied des göttlichen und menschlichen Willens in der That gar nicht gesetzt. Denn das Dasein der Freiheit ist von ihrer Thätigkeit nicht trennbar; hängt das eine von Gott ab, so muß auch das andere durch ihn gesetzt sein: oder aber — bedarf die endliche Freiheit zu ihrer Thätigkeit nichts ausser ihr, so bedarf sie es auch nicht zu

ihrem Dasein überhaupt. Derselbe Widerspruch bleibt auch stehen, wenn hinsichtlich der Erhaltung des menschlichen Willens durch den göttlichen die göttliche Mitwirkung auf die physische, die freie Selbstbestimmung des Menschen auf die ethische Seite der menschlichen Handlungen bezogen wird. Denn auf diese Weise bleiben Form und Inhalt der Freiheit aussereinander, als zwei verschiedene Willen voraussetzend. Verwirft man aber die absolute Selbständigkeit der menschlichen Freiheit, hält vielmehr nicht nur die Schöpfung, sondern auch die Erhaltung ihrer substantiellen Nothwendigkeit fest, so muß man, da Form und Inhalt nicht getrennt werden können, nothwendig wieder zur absoluten Kausalität zurückgehen und die menschliche Freiheit als einen bloßen Schein aufgeben.

§. 54.

Die Einsicht in das wahre Verhältniß setzt daher vor Allem voraus, daß sowohl der abstrakte Monismus, als der abstrakte Dualismus, der auf jenen zurückführt, aufgegeben werde. Die Unwahrheit des ersteren liegt aber in dem Festhängen am Substantialitäts- und Kausalitätsverhältnisse. Dieses negirt die menschliche Freiheit unbedingt, und die verkehrteste Aushilfe, wie gezeigt, ist die, wenn gerade eben die Natur nicht als Schranke des absoluten Willens aufgefaßt, dagegen der endliche Geist als eine solche postulirt wird. Gerade umgekehrt ist vielmehr der absolute Wille in der Natur als zur Nothwendigkeit aufgehobene, wenn gleich aus eben dieser Schranke sich hervorringende Freiheit zu denken. Die Allmacht in der Natur ist sowenig Willkühr, daß sie vielmehr eben mit dem gesetzmäßigen Gesammtproceß der natürlichen Dinge zusammenfällt. Aber allerdings ist es die Freiheit selbst, die sich diese Nothwendigkeit zu ihrer Voraussetzung gemacht hat und aus ihr in stufenweiser Entwicklung hervortreibt. Innerhalb der Natur selbst schon tritt das Kausalitätsgesetz zurück und das der immanenten Zweckmäßigkeit hervor, vermöge

dessen das aus seinem Wesen sich bestimmende Naturobjekt zum organischen Centrum, zur subjektiven Einheit wird und hiemit den Kern bildet, aus welchem die Ichheit, die geistgewordene Seele, die Fessel der natürlichen Unmittelbarkeit von sich werfend, an's Licht hervorbringt. Das Ich ist hiemit allerdings Produkt der Natur und wurzelt in ihrer Nothwendigkeit, aber es ist die im Endlichen in sich zurückgehende Unendlichkeit, das Werden des Absoluten selbst, das sich eben in und mit dem Ich von der selbstgesetzten Schranke der Endlichkeit befreit. Diese Befreiung ist allerdings kein plötzlicher Akt, sondern ein allmäliger Bildungsproceß durch die oben erörterten Stadien des natürlichen Willens, der reinen Freiheit und der Willkühr zur absoluten Freiheit hindurch. Im ersten Stadium wirkt das Absolute noch als Naturmacht und kündigt seine Idealität nur erst in jenem Triebe der unendlichen Liebe an, der das unverdorbene Gemüth „in Einfalt begreifen läßt, was auch kein Verstand der Verständigen sieht." Mit der reinen Freiheit dagegen tritt im Ich das Wissen des absoluten Willens um sich selbst, hiemit auch sein Wissen um sein Wesen ein, welches die reine Freiheit ist. Von einem Kausalitätsverhältnisse zwischen absolutem und endlichem Willen kann daher schlechthin nicht mehr die Rede sein, da vielmehr gerade die Selbstdifferenzirung des Geistes von der Natur die reine Negativität gegen das Kausalitätsgesetz ist. Wird also überhaupt die Differenz des Absoluten vom endlichen Geiste festgehalten, so muß jedenfalls dem Willen des letzteren relative Selbständigkeit vindicirt werden; von einem unwiderstehlich wirkenden absoluten Willen kann nicht mehr die Rede sein. Mit andern Worten: es muß in der absoluten Freiheit das Moment der Willkühr erhalten bleiben. Daher sind Vorstellungen aufzugeben, wie die, daß Gott die Macht habe, das Böse zu hindern, es aber nicht thue, daß er die Gnade willkührlich zurücktreten und wieder eintreten lasse u. dgl. Es muß offen anerkannt werden, daß

Gottes Wille durch den menschlichen bedingt, daß seine Selbstbestimmung dem Inhalte nach durch die freie Selbstbestimmung des Menschen bestimmt sei. Der absolute Wille ist nicht schrankenlose Willkühr, er hat seiner Freiheit seine Nothwendigkeit selbst zur Bedingung gemacht, und diese Bedingung kann er nicht aufheben wollen, wenn er nicht sich selbst als Geist und Freiheit aufheben will. Nennt man also die Gnade eine Wirkung Gottes, so muß man sie zugleich auffassen als ein freies Entgegenkommen von Seiten des Menschen; spricht man von einer Selbstbeschränkung des göttlichen Willens, so muß man diese auffassen als Akt der menschlichen Willkühr, die sich der absoluten Freiheit entgegensetzt. Von einem Verhältnisse des Zwangs, der Unwiderstehlichkeit kann daher hier nicht die Rede sein, die Nothwendigkeit besteht gerade in der Freiheit des ganzen Processes. Die endliche Freiheit erscheint nun hiemit freilich als ein Moment im Entwicklungsgange der absoluten Freiheit. Allein, da das von der Prädestinationslehre vorausgesetzte Kausalitäts- und Substantialitätsverhältniß aufgegeben ist, so macht dies keine Schwierigkeit mehr. Denn, indem die Projektion in die Natur als eine nothwendige Bestimmung am Absoluten aufgewiesen wird, wird das menschliche Ich, als endliche Centralität, zum nothwendigen Organ für den Durchbruch der absoluten Freiheit selbst. So gewiß diese nun bloß dann zur Realität kommt, wenn das menschliche Ich den Akt seiner Losreißung von seiner endlichen Unmittelbarkeit wirklich vollzieht, so gewiß ist auch, daß das menschliche Ich diesen Akt eben nur vermöge seiner Willkühr vollziehen kann, sowie daß andrerseits jeder Akt der menschlichen Willkühr, der sich im Gegensatze gegen das Wesen des Willens fixirt, ausserhalb der absoluten Freiheit fällt. Der ganze Proceß aber ist dieser: Der endliche Wille als natürlicher ist selbst noch weder Ich, noch Freiheit, sondern nur die reale Möglichkeit dazu. Die Naturmacht ist

in ihm zu einem subjektiven Centrum, zur Form der Monade zusammengeschlossen, die sich als immanente Totalität entwickelt. Seine Bestimmung ist daher nicht Selbstbestimmung, sondern Bestimmtheit durch die substantielle Naturnothwendigkeit, die aber seine individuelle Nothwendigkeit ist und alle äussere Einflüsse ihrer eigenen immanenten Zweckmäßigkeit assimilirt. Der Wille weiß nicht um diese seine Nothwendigkeit, sondern vollbringt ihr Gesetz in naiver Unmittelbarkeit. Erst mit dem Denken reißt er sich los und unterscheidet sich von der substantiellen Nothwendigkeit seiner Natur. Nun aber ist klar, daß die im Ich sich noch bethätigende Naturmacht, seine Willkühr und seine Vernunft nicht als gleichmäßige Wirksamkeit eines absoluten Willens gedacht werden können. In den Naturtrieben vielmehr ist dieser nur unmittelbar gesetzt, und erst, sofern sie zur absoluten Freiheit verklärt werden, tritt er reell in ihnen hervor. Die Willkühr ist die wesentliche Bedingung der Offenbarung des absoluten Willens, aber sie ist nothwendig nur als Moment im Entwicklungsgesetze der Freiheit; dagegen in ihr bricht eben die Nothwendigkeit ab, wie denn ja, wenn der Mensch nicht auch anders wollen könnte, der Proceß der Wiedergeburt ein völlig überflüssiger wäre. Der Gegensatz zwischen der reinen Willkühr und der Forderung der Vernunft aber ist nur ein Gegensatz der endlichen Relation, nicht ein Gegensatz innerhalb des Absoluten selbst. Der absolute Wille muß, um zu sich selbst zu kommen, in diesen Gegensatz eingehen. Darum senkt er sich in den endlichen Geist als der substantielle, tiefe Naturgrund des Gemüths. Da er aber so nur an sich, nicht wahrhaft Geist ist, so muß er das Ich aus der Naturmacht frei lassen, muß es auf sich selbst stellen, muß ihm das Recht geben, Negativität gegen sein eigenes Wesen, reine Möglichkeit, unabhängiges Anfangen aus sich selbst zu sein. Denn nur so ist es möglich, daß die absolute Freiheit zu Stande komme, die ohne dies Mittel-

glied vielmehr geistlose Naturnothwendigkeit wäre. Daß aber dies ganz etwas Andres ist, als die unphilosophische Vorstellung, daß die endliche Freiheit von der absoluten geschaffen sei, liegt auf der Hand. Ebenso ist klar, daß hiernach das Böse nicht als unmittelbare Wirkung des Absoluten erscheint; denn weder der natürliche Wille kann sündigen, noch kann es die absolute Freiheit; nur die Willkühr kann es, in welcher der absolute Wille in sich gebrochen ist. Die Sünde ist also nur Selbstbestimmung des endlichen Willens, obgleich die Möglichkeit derselben ein Moment im Entwicklungsgesetze des absoluten Willens ist. Das Böse ist die Bedingung der Realität des Guten; dies ist seine metaphysische Nothwendigkeit. Vermöge dieser liegt es als substantielle Naturmacht im natürlichen Willen, wie das Gute; wie im Gemüthe der Trieb unendlicher Liebe liegt, so auch der selbstsüchtige Durst, in blinder Wollust das Ich an jede mögliche Gewalt des Triebs hinwegzuwerfen, — das radikale Böse. Aber Realität wird das Böse erst als freie That des Ichs, das denkend sich selbst von seiner Naturnothwendigkeit unterschieden hat und als die reine Möglichkeit zwischen Trieb und Vernunft steht. Das wirkliche Vermögen des Guten und Bösen ist erst die Willkühr.

Anm. — Dieses Verhältniß der Willkühr zur absoluten Freiheit verkannt zu haben, ist der Fehler der sonst mit vielem Scharfsinn verfaßten Schrift von Stelzer über den Willen. Vgl. N. Archiv. III. S. 339—345.

§. 55.

Was nun dagegen die objektive Seite des Determinismus in dieser Sphäre betrifft, so geht dieser von der natürlich scheinenden Voraussetzung aus, daß entweder alles Einzelne, was in der Welt geschieht, von Gott voraus bestimmt gedacht werden müsse, oder gar Nichts. Hiedurch kommt er jedoch noch mehr, als der subjektive Determinismus, mit der sittlichen Würde der Weltregierung in's Gedränge. Denn er muß nicht

nur das moralisch Böse, sondern auch die objektiv verbreitete Unsittlichkeit ganzer Zeiträume und Nationen direkt auf den absoluten Willen zurückführen; andrerseits muß er die menschliche Freiheit noch viel entschiedener negiren, da er auch die Gesammtheit ihrer Umgebungen, wovon sie sollicitirt und bedingt ist, zur unmittelbaren Wirkung einer absoluten Kausalität macht. In der That scheint nun auch diese Weise des Determinismus darin bedeutenden Vorschub zu erhalten, daß ohne Zweifel die menschliche Freiheit von objektiven Mächten abhängig, daß sie durch die ganze sie umgebende sittliche Weltordnung und diese wieder durch den objektiven Entwicklungsgang der Menschheit im Ganzen tausendfach bedingt ist. Diese sittliche Weltordnung, die im Dasein ausgeprägte Allgemeinheit des Willens ist es ja eben, welche der subjektiven Freiheit erst ihren konkreten Inhalt giebt, indem sie den Gehalt der sittlichen Idee in der objektiven Sphäre als organische Gliederung gestaltet darstellt. Die beiden Momente des Willens, die Allgemeinheit und die Besonderheit, stehen daher hier in einem viel innigeren Verhältniß, als in der rein moralischen Sphäre. Sie bilden nur einen Unterschied, aber keinen Gegensatz. Denn einerseits ist hier die Allgemeinheit nicht mehr als reines Wesen, sondern als bewegendes Princip der Erscheinung gesetzt; andrerseits kann die Gesammtheit der besonderen Willen hier nicht mehr als Gegensatz der Allgemeinheit gedacht werden, fällt vielmehr mit dieser zusammen, nur daß die sittliche Idee nach beiden Seiten eine verschiedene Formbestimmtheit hat. Unzweifelhaft zeigt nun aber die Erfahrung die Einheit der sittlichen Weltordnung mannigfach zerrissen, und zwar nicht bloß so, daß die Verkehrung etwa nur auf der subjektiven Seite gesetzt wäre, sondern so, daß auch der objektive Wille selbst, der ja nur in der sich ergänzenden Totalität der subjektiven Willen Realität hat, dem Gesetz der Endlichkeit verfällt. Auch da jedoch, wo die objektive Ordnung

der Idee der Sittlichkeit entspricht, findet sich die subjektive Unsittlichkeit keineswegs bloß unter der reinen Form des willkührlich Bösen vor, sondern einerseits zeigen sich oft ganze Klassen von Individuen als ausserhalb des sittlichen Gesammtlebens stehend aus Gründen, die nicht durch ihre Willkühr gesetzt sind, andrerseits wird oft die Unsittlichkeit nicht nur bei Einzelnen, sondern in weiteren Kreisen zur Gewohnheit und zweiten Natur, und pflanzt sich so als traditionelles Element wieder an die Einzelnen fort, die sonach ohne eigentliche Selbstbestimmung als Angesteckte und schuldlos Verführte erscheinen. Der Determinismus hält sich nun eben daran, daß in der endlichen Erscheinung das Allgemeine und das Besondre unzertrennlich zusammenhängen, und, indem er nun Gott zur absoluten Kausalität macht, opfert er die menschliche Freiheit gänzlich auf.

§. 56.

Allein dieser Determinismus, dessen Zweck ist, den göttlichen Willen zu Allem in Allem zu machen, kommt vielmehr folgerichtig dazu, diesen göttlichen Willen als solchen geradezu aufzuheben. Denn indem Alles und Jedes bestimmt seyn soll, so giebt es keinen Unterschied von Freiheit und Nothwendigkeit mehr; dieser Unterschied wäre bloßer Schein in der menschlichen Meinung, deren Selbsttäuschung überdies selbst wieder als nothwendig betrachtet werden müßte. Der göttliche Wille selbst hört auf, Selbstbestimmung und Freiheit zu seyn, und wird zur reinen Nothwendigkeit, zum Fatum. Man muß dann nicht allein alle Thaten, worin die Idee des Guten sich verwirklicht, unmittelbar auf die absolute Kausalität zurückführen, sondern muß dieser auch alle Naturbestimmtheit, unter welcher der Einzelne steht, unmittelbar als Wirkung aufbürden, auch diejenige, die nach gewöhnlicher Ansicht durch die Willkühr vermittelt ist, wie die Erziehung; konsequenterweise muß dies aber mit allen menschlichen Willensakten überhaupt geschehen, und

es muß daher nicht nur die Unsittlichkeit des Individuums, sondern auch die allgemeine Unsittlichkeit ganzer Nationen, Zeiträume, Kulturstufen auf dieselbe Weise abgeleitet, d. h. die Prädestinationslehre auf die Erwählung und Verwerfung ganzer Völker ausgedehnt werden. Dagegen ist aber die Hypothese, daß die Mängel des Diesseits im Jenseits werden verbessert werden, eine ebenso schlechte Aushilfe, als die inkonsequente Einmischung pelagianischer Vorstellungen, insbesondre der Ansicht, daß Präscienz und Prädestination auseinander zu halten seien. Letztere Vorstellung ist hier nämlich doppelt ungereimt, da Gott, um vorher zu wissen, unter welchen Bedingungen die freien Handlungen eines bestimmten Individuums ihr entsprechendes objektives Medium finden werden, nothwendig auch dieses objektive Medium und eben damit die Bedingungen vorherwissen muß, unter welchen die Freiheit der andern wieder von der Freiheit des erstgedachten Individuums auf die entsprechende Weise werde bestimmt werden. Aus diesem Cirkel kommt man aber nicht heraus, wenn man nicht entweder die Kausalität Gottes ganz fallen läßt oder aber die unbefugte Trennung von Präscienz und Prädestination aufgiebt.

§. 57.

Auch auf diesem Boden ist daher dem Determinismus die gerade entgegengesetzte Ansicht entgegengetreten, welche der menschlichen Freiheit eine selbständige Entwicklung zugesteht und nur eine höhere Leitung derselben mittelst göttlicher Gesetze und einer im göttlichen Vorherwissen liegenden prästabilirten Harmonie der endlichen Erscheinungen annimmt. Allein die hier zu Grunde liegende Vorstellung der Präscienz ist eine völlig gedankenlose, da sie ein Vorherwissen des Zeitlichen und Zufälligen und doch zugleich absolut unveränderlich sein soll. Man giebt zu, daß in Beziehung auf die Natur Wollen und Wissen Gottes nicht unterschieden seien, weil man annimmt, daß in der Natur eben nur die Kausalität Gottes unbedingt

sich bethätige. In Beziehung auf die geistige Welt glaubt man aber, eine von der göttlichen Kausalität verschiedene Kausalität annehmen zu müssen, um die menschliche Freiheit zu retten, und behauptet daher, daß diese von Gott nicht gewollt, sondern nur gewußt, das göttliche Wissen daher hier durch die menschliche Freiheit bestimmt werde. Diese Abhängigkeit soll aber durch die Annahme wieder aufgehoben werden, daß Gott das Zeitliche zwar allerdings in seiner zeitlichen Bestimmtheit, zugleich aber in ewiger Gegenwart wisse. Allein es ist klar, daß diese beiden Vorstellungen sich geradezu aufheben. Entweder muß man daher annehmen, daß das menschliche Handeln durch die göttliche Präscienz bestimmt werde, d. h. man muß die menschliche Freiheit aufgeben; oder man muß sagen, daß die göttliche Präscienz durch die menschliche Freiheit bestimmt werde, d. h. man muß den Gedanken der göttlichen Weltregierung aufgeben. Will man aber letzteres nicht, so muß man sich der Prädestinationslehre ergeben, da ein göttliches Wissen, das nicht zugleich Wollen wäre, undenkbar, sohin auch die Vorstellung, daß Gott das Böse zwar wisse, aber nicht wolle, eine widersinnige ist. Behauptet man aber insbesondere eine durch das göttliche Vorherwissen geordnete prästabilirte Harmonie der freien Willensakte der Menschen, so steht hier das im vorigen Paragraphen a. E. Gesagte entgegen, daß einmal die Freiheit eines Individuums eine bestimmte erst wird durch das Medium ihrer objektiven Erscheinung, mithin nicht gesagt werden kann, Gott habe dieses Individuum gerade in dieses Medium gesetzt, weil er gewußt habe, daß die Freiheit desselben gerade auf diese bestimmte Weise sich bethätigen werde, — und zweitens, daß das objektive Medium der Erscheinung für das eine Individuum eben erst durch die Bethätigung der Freiheit der Andern entsteht, mithin, wenn man alle Individuen zugleich denkt, das ganze Verhältniß als solches zusammenfällt und die Behauptung in einen Cirkel ausläuft. — Um vieles

vernünftiger ist schon die Ansicht, welche die Weltregierung auf organisirende, die menschliche Freiheit voraussetzende, göttliche Gesetze zurückführt, d. h., eben wie für die moralische, so auch für die objektive Freiheit ein ewiges Gesetz der Erscheinung annimmt, das in der Bethätigung der endlichen Freiheit, ohne diese aufzuheben, als ordnendes und erhaltendes Princip fortwirke. Nur freilich erklärt diese Ansicht gerade die Hauptsache nicht, wie nämlich jene Gesetze selbst bestehen.

§. 58.

Die Wahrheit liegt denn auch hier nur in der spekulativen Ansicht. — Diese begreift die konkrete Idee der Sittlichkeit als den substantiellen Gehalt des Geistes selbst, wie er sich in ewigem Vermittlungsproceß mit der freien Form der Subjektivität zur organischen Gliederung des geistigen Universums entfaltet. Allerdings erkennt sie also an der Freiheit eine Seite der Nothwendigkeit an, nicht nur sofern der Geist an der Natur, aus welcher er zum Selbstbewußtsein erwacht, seine Substanz hat, sondern auch so, daß er an sich selbst seine zweite geistige Natur hat, in deren freier Verklärung er erst seine absolute Bestimmung erfüllt. Diese Substanz ist für den einzelnen Geist zunächst seine eigene Individualität, in weiterem Kreise die Nationalität, worin er geboren ist, in letzter Instanz der Geist der reinen Menschheit überhaupt, der in den Formen der Kunst, der Religion und der Wissenschaft sein ideelles Leben und seine reale Entwicklung in der Weltgeschichte hat. Das ewige Recht des Determinismus ist es nun, diese Gesammtentwicklung des geistigen Universums als Eine in sich beschlossene Totalität anzusehen; aber sein unspekulatives Wesen hindert ihn, diese Totalität in ihrer Wahrheit, nämlich als organisches, durch die Freiheit vermitteltes System zu begreifen. Er bleibt bei den unreifen Kategorieen der Substantialität und Kausalität stehen und travestirt damit den absoluten Geist, der in der Weltgeschichte — ebenso frei als wie nothwendig —

als in dem Weltgedichte lebt, zum blinden Fatum, wenn er nicht etwa in bequemer Gedankenlosigkeit seine eigene Konsequenz durch Hypothesen aufhebt, die weder eine wirkliche Rettung der menschlichen Freiheit, noch eine haltbare Vorstellung einer speciellen Vorsehung begründen. Er muß insbesondere auch die objektive Unsittlichkeit direkt auf den absoluten Willen zurückführen, sei es nun, daß er die empirisch gegebene Gesammtsumme des Bösen für das Normale, oder für das Abnorme ausgebe. Das Wahre ist aber eben, daß der nothwendige Zusammenhang der Weltgeschichte zugleich als ein organischer, durch die Vermittlung der Freiheit sich von Stufe zu Stufe verwirklichender Proceß des absoluten Geistes begriffen wird, daß die Betrachtung nicht in den dunkeln Grund der Substanz hinuntertaumelt, sondern im Lichte des substantiellen Geistes oben bleibt. Das ewige Recht des Indeterminismus ist es daher andrerseits, daß er die Freiheit des erscheinenden Geistes zu halten bedacht ist. Nur sind es wieder gedankenlose Reflexionsbestimmungen, wenn zu diesem Behufe der weltordnende Geist mit der Präscienz abgespeist, oder zum bloßen Dirigenten eines relativ selbständigen Mechanismus herabgewürdigt wird, und noch schlimmer, wenn etwa gar auf der einen Seite eine gesetzmäßige Weltregierung und daneben wieder ein willkührliches Hereingreifen einer transcendenten Persönlichkeit statuirt wird. Der richtigen Ansicht näher steht dann allerdings die am Ende des vorigen Paragraphen angeführte Vorstellung, die aber freilich nur eine Seite des Verhältnisses erklärt, die Totalität desselben dagegen unbegriffen stehen läßt.

§. 59.

Zu ihrer Grundlage hat also die wirkliche Idee der Freiheit allerdings die substantielle Nothwendigkeit; aber wirklich wird sie erst dadurch, daß die beiden Seiten des Willens in Differenz treten, daß die Willkühr, einerseits als nothwendiges Moment

des ganzen Entwicklungsgesetzes, andrerseits als die freie Negativität des Geistes gegen sein Wesen, mit der wesenhaften Nothwendigkeit sich zur höheren Einheit vermittelt. Die substantielle Nothwendigkeit ist aber in dieser Sphäre nicht bloß als dem Einzelnen gegenüberstehendes System des objektiven Willens vorhanden, sondern sie ist es zugleich als substantielle Natur des Einzelnen selbst, als bestimmtes Maß von Anlagen innerhalb bestimmter engerer und weiterer Kreise, kurz als individuelle Partikularisirung des allgemeinen Ichs, des ewig Einen Geistes. Eben durch die subjektive Freiheit dieser Individuen wird nun die Substanz des Willens zur organischen sittlichen Welt entfaltet, was voraussetzt, daß das einzelne Individuum denkend über seine substantielle Natur sich erhebe und sich gegen dieselbe als frei erhalte. Während nun aber in der moralischen Sphäre der substantielle Wille nur als Sollen an den menschlichen Willen herankommt und hiemit die Willkühr in der Tendenz zum Bösen ungehemmt erscheint, so zeigt sich nun hier auf dem objektiv sittlichen Gebiete, daß der etwa auf jenem noch scheinbar gerechtfertigte Dualismus des Guten und Bösen in der That keine Wahrheit hat. Denn eben, weil die sittliche Substanz erst durch ihre freie Produktion aus den Subjekten zum Geist verklärt zu werden bestimmt ist, so ist sie dem Individuum vorausgesetzt; dieses findet sie bereits als eine geistige Natur in sich und um sich vor und erhält eben an diesem Vorgefundenen den Inhalt für seine freie Bethätigung. Eben damit ist aber der zum Bösen tendirenden Willkühr auf objektive Weise Maß und Ziel gesetzt, sofern nicht allein die sittliche Substanz als Natur der Individuen, als sie unbewußt tragende Sitte sich selbst auch ohne den direkten Willen der Individuen producirt, sondern auch die wirklich zum Bösen hervorbrechende Willkühr der Einzelnen an der zum Guten strebenden Willkühr der Andern und an dem Gesammtgeiste ihre Schranke findet, ja die sittliche Weltordnung

sogar mittelst der unlautern Bestrebungen, die ihrer bedürfen, sich selbst in Zeiten allgemeinerer Entartung als die substantielle Möglichkeit des Besseren erhält. Auch die objektiv hervortretende Unsittlichkeit ist daher ebenso, wie das moralisch Böse, nothwendig, durch das Gesetz der Erscheinung gesetzt; ja sie ist es keineswegs bloß auf Seiten der Besonderheit des Willens, sondern auch auf Seiten der Allgemeinheit. Denn auch diese hat die endliche Erscheinung zu ihrem Medium und somit die menschliche Willkühr zur Bedingung ihrer Vermittlung. Damit ist aber keineswegs die vollendete Gestalt der objektiven Freiheit etwa für einen bloßen Traum der subjektiven Meinung ausgegeben, wenn gleich sie in der endlichen Erscheinung und ihrer Zufälligkeit niemals in ihrer vollen Reinheit anzuschauen ist. Gleichwohl ist sie darin für den denkenden Geist als das ewige Resultat des zeitlichen Vermittlungsprocesses, als die Wahrheit der Weltgeschichte vorhanden, die denn auch bei allen epochemachenden Krisen als Silberblick hervortritt. Wie aber die sittliche Substanz sich in dem Leben des Individuums bis auf einen gewissen Grad in stiller innerer Nothwendigkeit vollbringt, so freilich tritt nun auch die Unsittlichkeit den Einzelnen als objektive Macht durch Beispiel und Verführung wie eine Krankheit an. Gleichwohl aber wird hiemit das Individuum dem Schuldbegriff und der Verantwortlichkeit nicht entrückt. Denn es ist seiner Natur nach reine Freiheit, und die Willkühr ist das Vermögen des Guten, wie des Bösen; hat aber das Subjekt das Recht der inneren Unendlichkeit der Selbstbestimmung, so kann es auch nicht verführt werden, es hätte sich denn selbst verführen lassen. Die menschliche Freiheit erscheint somit keineswegs als ein Absolutes und Voraussetzungsloses, aber ebenso wenig als ein durchaus Bedingtes; letzteres nicht einmal in Beziehung auf ihre Naturbestimmtheit, die ja selbst wieder vielfältig durch die Willkühr vermittelt ist. Eben das Gesetz der Erscheinung bringt es nun allerdings

mit sich, daß ganze Reihen von Individuen, ja von größeren Komplexen derselben gegen andre zurückgesetzt erscheinen. Darin ist aber nicht etwa eine prädestinirte Verwerfung, ein despotisches Spiel mit der Individualität als bloßer Accidenz der sittlichen Substanz zu erblicken; vielmehr muß jedes Individuum an sich als Organ des absoluten Geistes angesehen und der Grund der Nichtrealisirung dieses Ansich nur in dem Gesetze der Erscheinung gesucht werden, welches die nothwendige Bedingung der Verwirklichung der sittlichen Idee ist und eben deshalb deren Reinheit keinen Abbruch thut. Dies ist um so wichtiger, als es in der That stets die große Masse war und sein wird, welche sich gegen die höchsten Interessen ihrer Zeit und aller Zeiten gleichgiltig verhält, und als die Zahl der Vorkämpfer des freien Geistes unter den Völkern ebenso, wie unter den Individuen der einzelnen Völker, sehr die Minderzahl darstellt. Mit Recht ist bemerkt worden, daß die Idee der Freiheit eben hierin ihre Erhabenheit über ihre endlichen Schranken zeigt, soferne sie sich zunächst mit soviel Organen begnügt, als ihr zum Dasein nothwendig sind, und erst von dem sicheren Boden ihrer Errungenschaft aus den Versuch macht, die übrigen todten Massen zum höheren Leben zu erwecken. Zur allseitigen Entwicklung der sittlichen Substanz ist gerade eine solche verschiedene Naturbestimmtheit der einzelnen Individuen und Nationen nothwendig, und diese Verschiedenheit ist als eine Ungerechtigkeit deshalb nicht zu verschreien, weil auch die minderbegünstigten Individuen und Völker den allgemeinen Geist nicht ausser sich, sondern als heiligen Glauben in sich tragen und weil ihre Freiheit wenigstens dem niedern Standpunkt, den sie ohne ihre Schuld einnehmen, entsprechen soll und kann, mit jeder Stufe aber auch ein bestimmtes Maß von Befriedigung gegeben ist. Zwar setzt die Möglichkeit des stetigen Fortschritts voraus, daß auf der niedrigeren Stufe das Wissen um die reichere Fülle der höheren

entstehen muß. Aber eben mit diesem Fortschritt der Bildung ist auch die Möglichkeit der Verwirklichung der höheren Stufe gegeben. Indem das Individuum oder Volk sich dieser bewußt wird, so ist es auch wirklich auf die höhere Stufe vorgerückt, und es ist seine Schuld, wenn es mit seiner freien That unter seinem Wissen bleibt. Fühlt es aber kein solches Mißverhältniß seines Daseins zu einem höheren Ideale, so genügt ihm an dem Maß der Befriedigung, das die geringere Stufe enthält, und sein Unglück ist nur das negative, von dem Bewußtsein reicherer Lebensfülle gar nicht berührt worden zu seyn. Ueberdies aber bleibt auch den durch ihre Naturbestimmtheit nicht begünstigten Individuen nicht allein ein reiches Maß der Bethätigung ihrer Freiheit in allen denjenigen Lebenssphären, die der Zug des Weltgeists nicht berührt, sondern indem sie sich auch nur ihre eigne substantielle Bestimmtheit, die ja ein integrirendes Moment im substantiellen Gesammtleben ist, zum Bewußtsein bringen und zum Inhalt ihrer freien Produktion machen, so haben sie selbst schon den Anfang zur Freiheit im allgemeinen Geiste, wenn sie auch von der höchsten Seligkeit, produktive Organe seiner höheren Entwicklung zu werden, ausgeschlossen bleiben. Was sie aber selbst nicht zu produciren vermögen, das sind sie von den bevorzugten Individuen zu empfangen berufen. Was dagegen die produktiven Organe des absoluten Geistes betrifft, so scheint deren Thun gerade am wenigsten von Freiheit an sich zu haben. Sie erscheinen als göttliche Gesandte, die nur eine höhere Mission erfüllen, und zwar hat die Nothwendigkeit bei ihnen die doppelte Bedeutung, daß nicht allein das Werk, das sie produciren, als integrirendes Moment im Entwicklungsgang des absoluten Geistes, mithin gerade an diese bestimmte Stelle gebunden, sondern auch sie selbst als zu dieser Produktion vom absoluten Geist präformirte Individualitäten erscheinen. Gleichwohl muß behauptet werden, nicht nur daß auch diese Produktionen des

absoluten Geistes durch die freie Subjektivität vermittelt sind und seyn müssen, sondern daß überall keine intensivere Freiheit gedacht werden kann, als sie bei diesen Vorkämpfern der Gesammtentwicklung sich finden muß. „Den Akt der Selbstbefreiung von der Autorität, der substantiellen Macht der Andern, haben sie am intensivsten in sich vollzogen und die Kühnheit gehabt, Alles auf den Gedanken zu stellen und einem Skepticismus zu huldigen, der um so unbedingter war, je energischer die Wirkung ihrer That ist, der aber selbst die formellste Freiheit des Ich ist; und nicht nur dies, sondern, nachdem sie die Idee von dem Scheine und Beiwesen, in welchem das Bewußtsein Anderer bei allem substantiellen Inhalte befangen bleibt, durch Abstraktion gereinigt, sind sie so in das Centrum des Absoluten gedrungen nur um mit einer jener Kühnheit gleichkommenden Langmuth und Geduld die im Centrum empfangene Anschauung zum Werke auszuarbeiten, — und das Alles ist nächst dem Gotte ihre Freiheit und selbsteigene That." (Wirth. I. S. 87.) — In dieser Ansicht liegt nun allerdings die direkteste Negation jener Eigenliebe, welche die Individualität für das Höchste hält und für sie eine specielle Vorsehung verlangt. Ebenso die direkteste Negation jener kleinmeisterlichen Betrachtung der Geschichte, welche sich darin gefällt, große Erfolge auf zufällige Umstände zurückzuführen. Ganz im Gegentheil ist einzusehen, einmal, daß die Evolution des absoluten Geists immanente Nothwendigkeit ist, die allerdings nur durch Vermittlung der menschlichen Freiheit zu Stande kommen kann, daß aber zweitens diese Freiheit nicht etwa darin besteht, daß das bestimmte Individuum durch sein Handeln oder Nichthandeln den an und für sich nothwendigen Verlauf hindern könnte, und daß dieser selbst nicht an bestimmte Individuen gebunden, die Existenz der Individualität an sich vielmehr Zufall ist. „Das Ich, dessen Begriff ewige Nothwendigkeit in sich schließt, ist der Geist, welcher ein Moment des

absoluten Geistes zu seiner innersten Persönlichkeit erhebt und als diese bethätigt. Dieses Ich setzt sich selbst mit freier Nothwendigkeit, gleichgiltig, ob als diese oder jene empirische Individualität. Ihre Erhabenheit aber über das Einzelne und Freiheit gegen dieses zeigt die allgemeine Substanz überall darin, daß sie jenes aus ihrem Grunde in einem gewissen Ueberflusse hervorgehen läßt. Nicht nur Individualitäten überhaupt, sondern auch hochbegabte quellen aus dem Schooße des Göttlichen zu allen Zeiten in unbestimmbarer Emanation, und selbst manches Talent, das, in einem adäquateren Elemente aufgewachsen, Herrliches hätte schaffen können, geht nun in stiller Einfachheit unbemerkt zu Grunde." (Wirth. I. S. 88, 89.) — Wenn nun hiemit allerdings nur die wesentliche, nicht die empirische Individualität als das Organ der Evolution des absoluten Geistes erscheint, so liegt doch darin weder (wie schon gezeigt ist) eine Ungerechtigkeit gegen die empirische Individualität, noch ist diese, obgleich ihre Existenz an sich die Zufälligkeit einschließt, zur bloßen Accidentalität herabgesetzt. Letzteres ist nur eine Konsequenz des pantheistischen Determinismus, während die umgekehrte Ansicht, daß jede Individualität mit dem ganzen Regreß ihrer Bedingungen von Ewigkeit her nothwendig bestimmt sei, dem religiösen eignet. Das Substantialitäts- und Kausalitätsverhältniß gehört aber überhaupt dieser Sphäre nicht mehr an. Nur in der Natur geht das Einzelne in der Gattung unter, ruht befriedigt in seiner Natur und bleibt eben damit ein Gesetztes, Accidentelles. Mit der menschlichen Individualität aber, wo sie nur überhaupt aus dem Kreise der Naturbestimmtheit hervortritt, stellt sich sogleich der Proceß der Negativität gegen die Substanz ein; das Gesetzte hebt sich als bloß Gesetztes auf und setzt sich selbst; obgleich es daher Zufall ist, daß gerade so viel Individuen und diese bestimmten empirisch existiren, so ist doch nicht auf zufällige, sondern nothwendige Weise in ihnen allen die sittliche

Substanz als reale Möglichkeit der Erhebung in den absoluten Geist, und zugleich die Freiheit als das Vermögen, diese Möglichkeit zur Wirklichkeit zu erheben, gesetzt. Ihre eigene Sache ist es also, sich aus dem Zustande der bloßen Accidentalität zur freien Energie des Absoluten hinaufzuringen, je nach dem Maße der natürlichen Anlage. Man wird allerdings annehmen müssen, daß die endliche Entwicklung erst dann extensiv, wie intensiv, vollendet seyn werde, wenn das sittliche Leben nicht nur qualitative, sondern auch quantitative Allgemeinheit ist, wie denn auch die Weltgeschichte der offenbare Schritt zu diesem Ziele ist. Gleichwohl ist es aber eine irrige Vorstellung, wenn die empirische Universalität mit der geistigen verwechselt und die letztere, statt in ihrem ewigen Seyn begriffen zu werden, als Ideal in die Zukunft hinausgerückt wird. In der That ist auch die durch das Gesetz der Erscheinung bestimmte Oekonomie des absoluten Geistes, wornach die Gaben verschieden ausgetheilt sind und mancher sittliche Keim mit oder ohne Schuld unentwickelt bleibt, nur der egoistischen Individualität erschreckend, die wo möglich einen Gott für sich allein haben möchte und nur dann befriedigt ist, wenn sie sich in ihrer ganzen empirischen Bestimmtheit als von ewig her gesetzt betrachten darf, während dagegen der Individualität, die nicht sich selbst über Alles, sondern nur sich im Ganzen liebt, eine derartige Prätension als ebenso ihrer selbst, wie des absoluten Geistes unwürdig vorkommen muß, — ihrer selbst, weil sie, um Geist zu seyn, frei seyn muß, dies aber nicht seyn könnte, wenn sie mit Haut und Haar prädestinirt wäre; des absoluten Geistes aber, weil dessen Freiheit und Erhabenheit über die endliche Schranke eben darin besteht, nicht an die bestimmten Individuen gebunden zu seyn, was eine mechanische Nothwendigkeit wäre, sondern sein an und für sich nothwendiges Werk als freie Schöpfung durch frei aus der Nothwendigkeit entlassene und frei in sie zurückkehrende Kräfte zu vollbringen.

Dabei kann dann freilich das Absolute weder als abstrakte Substanz, noch als ein Abstraktum andrer Art, sondern es muß als lebendige Totalität der in ihm sich frei bewegenden Individuen aufgefaßt werden. Damit ist aber so wenig der Indeterminismus zugegeben, daß es vielmehr eher nöthig scheint, den Schein des Determinismus von der spekulativen Ansicht zu entfernen. Denn die menschliche Freiheit und die dadurch bedingte Zufälligkeit ist ja wesentlich nur als Moment in der an und für sich nothwendigen Bewegung gesetzt, die formelle Freiheit ist so wenig zum schöpferischen Principe gemacht, daß ihr vielmehr die Allmacht der Vernunft ebenso zum substantiellen Grunde, wie zum allein positiven Resultat gegeben ist, von einer absoluten Zufälligkeit des menschlichen Handelns also am wenigsten die Rede seyn kann. Gleichwohl ist aber auch die spekulative Ansicht nicht deterministisch, da sie mit der einfachen Frömmigkeit zwar allerdings die Anschauung der Immanenz des Absoluten im Endlichen, aber keineswegs mit den deterministischen Systemen die Vorstellung von der unmittelbaren Einheit des Wesens und der Erscheinung, damit der Aufhebung der menschlichen Selbstbestimmung, der Prädestination, der Ergebung in das Abhängigkeitsbewußtsein (das christliche, spinozistische oder materialistische), folgerichtig auch der bloß mechanischen Einheit der Weltregierung (so sehr man auch die Freiheit postuliren mag) theilt, vielmehr wiederum in Uebereinstimmung mit der einfachen Frömmigkeit jene Immanenz nur als lebendigen Proceß auffaßt, dessen gedankenmäßige Entwicklung die formelle Freiheit nicht ausschließt, sondern als wesentliches Moment auch in der absoluten Freiheit zu erkennen giebt. —

§. 60.

Indem aber die spekulative Ansicht die Vernunft als die substantielle Macht alles Einzelnen ausspricht, die daher auch aller formellen Selbstbestimmung vorhergeht und alle aus dieser

hervorgehende, dem Weltzweck widersprechende Resultate an dem innern Widerspruch, der daraus hervorbricht, zu Grunde richtet, so stellt sie, wie schon angedeutet, auch in der objektiven Sphäre das richtige Verhältniß zwischen dem Guten und Bösen her. Sie zeigt nämlich, daß das Böse zwar nicht als reine Negation und Privation, daß es aber auch nicht als absolut selbstständiges, sich immanent entwickelndes Princip zu denken sei, eben weil es in sich einen unaufgelösten Widerspruch bildet, der zwar aus dem Wesen des Willens sich erzeugen muß, aber nur um durch seine immanente Wiederaufhebung die absolute Selbstständigkeit des Guten zu offenbaren. Es kann dieser Widerspruch in der objektiven Sphäre immer nur ein partieller bleiben, da er sich nicht nur subjektiv auf der Grundlage der natürlich sittlichen Gewohnheit, sondern auch objektiv nur auf dem Boden der sittlichen Gemeinschaft und ihrer Institutionen bewegt, eben deshalb aber nie zur für sich seienden Allgemeinheit sich fixiren kann, sondern stets durch die Gesammtthätigkeit, die den allgemeinen Geist erzeugt, in diesen wiederaufgehoben wird. In der That zeigt auch die Erfahrung, daß selbst Perioden allgemeiner Anarchie und Zertrümmerung der bestehenden sittlichen Ordnung nur als Durchgangsmomente in der Geschichte auftreten, und daß die partikularisirende Selbstsucht schon durch ihren eigenen Vortheil zur Reorganisation der sittlichen Gemeinschaft zurückgetrieben wird. Ja das Unsittliche setzt eben vermöge seiner Natur, welche die abstrakte Diskretion ist, sich nicht nur das Gute, sondern auch sich selbst als Schranke entgegen. Die eine Form desselben schließt die andere aus, im Einzelleben, wie im Gesammtleben. Eben deshalb aber kann es keinen Organismus des Bösen oder des Unsittlichen geben. Wo es vielmehr in der objektiven Sphäre auftritt, kommt ihm nur die Kollektivallgemeinheit, nicht die wahre zu, während es vielmehr selbst von den substantiellen Lebensmächten getragen wird. Auch

hier zeigt wieder die geschichtliche Erfahrung die Wahrheit der spekulativen Ansicht, sofern sie nirgends eine immanente Fortentwicklung des Bösen erblicken läßt, wie sie dem Sittlichen zukommt. Niemals hat das Böse in der Welt zur allgemeinen Herrschaft durchzubringen vermocht; aber auch nicht einmal eine stetige Fortbildung desselben läßt sich nachweisen, wenn es gleich nie verschwunden, wenn gleich eine Form desselben stets durch eine andere abgelöst worden und die Wahrheit nicht abzuläugnen ist, daß auch das Böse als traditionelle Ueberlieferung wirkt. Denn es kommt hier nicht auf die Verhältnisse der Quantität und des Umfangs, sondern wesentlich auf das der Intensität an; hält man aber dieses fest, so muß man zugeben, daß die intensive Macht des Bösen gegenüber der Macht der Sittlichkeit in stetigem Abnehmen begriffen ist, oder man muß alle Gedanken über Perfektibilität des Menschengeschlechts aufgeben. Ist aber aufgewiesen, daß die Unsittlichkeit selbst keine objektiv-allgemeine Macht ist, so liegt eben darin auch das Umgekehrte, daß das Sittliche selbst eine solche sei, und in deren organischen Proceß das Böse nur als Moment eintrete. Damit ist aber nicht etwa die Meinung derjenigen gebilligt, welche behaupten, daß Sünden und Laster aller Art an und für sich selbst als organische Glieder der sittlichen Ordnung in positiver Weise nothwendig seien. Im Gegentheil können dieselben nie als Zweck, sondern nur als Mittel zugegeben werden, und zwar als Mittel, die nur durch ihre eigene Negation den Zweck hervorbringen. Sie müssen also als in sich unvernünftig und verwerflich festgehalten werden, wenn gleich zugegeben ist, daß die völlige Abstraktion von aller partikularisirenden Thätigkeit der Selbstsucht unmöglich ist, wenn nicht die lebendige Vermittlung der Sittlichkeit, welche eben auf dem Widerspruch zwischen der kontinuirlichen Allgemeinheit und der Diskretion der Besonderheit beruht und nur durch den steten Kampf zwischen beiden zur völligen Ueberwindung

und Verklärung der Natur, zur konkreten Durchbildung des intellektuellen Willens führen kann, geradezu aufgehoben werden soll. Das Unsittliche existirt eben nur als der stets in sich selbst sich wieder auflösende Widerspruch. Wenn gleich daher auch dem Bösen in der subjektiven, wie in der objektiven Sphäre eine Fortpflanzung und Weiterwirkung zukommt, so ist diese doch eben nur als fortgesetzter Widerspruch zu begreifen, d. h. mit der fortwirkenden partiellen Zersetzung sittlicher Elemente ist von selbst auch die Wiederherstellung derselben mittelst der Selbstvernichtung der Folgen des Bösen gegeben. In der Natur des Bösen als eines inneren Widerspruchs am Willen liegt die Nothwendigkeit für dasselbe, diesen Konflikt als einen unerträglichen zu empfinden und aus der Negation zur sittlichen Position zurückzustreben. Ist die sittliche Substantialität mit dem Wesen des Menschen identisch, so kann auch die Seligkeit nur im Gefühle der Existenz dieser Identität liegen, während das entgegengesetzte Bewußtsein das Gefühl der innern Unseligkeit in den mannigfachsten Formen und Stufen hervorbringen muß. Aber die Manifestation der inneren Negativität des Bösen tritt nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv auf, theils in den sogenannten natürlichen Strafen des Bösen, theils in der ausdrücklichen Reaktion der sittlichen Weltordnung gegen dasselbe. Und ebenso ist mit dem energischen Bewußtsein seiner Negativität für das Böse auch die Aufhebung seiner Unseligkeit in den Frieden der versöhnenden Liebe gesetzt. Diese Versöhnung vollbringt sich aber als immanente Verklärung des Endlichen überhaupt in der konkreten Gestaltung der sittlichen Weltordnung als für sich werdende Freiheit der absoluten Substanz.

III. Das Gewissen.

§. 61.

In der Entwicklung des denkenden Willens zur absoluten Freiheit hat sich die Substanz des Willens als die Nothwendigkeit erwiesen, zu welcher der im Denken frei und produktiv gewordene Wille sich endlich von selbst zurückwendet. Das Ende des Processes ist hiemit die Identität beider Momente des substantiellen Gefühls auf der einen, der freien Intelligenz auf der andern Seite. Beide bedürfen einander nothwendig; denn jenes muß von dieser erst entwickelt und sich selbst deutlich gemacht werden; die freie Intelligenz aber kann in willkührlicher Opposition gegen ihren substantiellen Grund sich nicht erhalten, ohne den Geist in Widerspruch mit sich selbst zu bringen. Beide Momente sind daher schon von Natur dieser Endbestimmung gemäß durch ein Band verknüpft, vermöge dessen sie kontinuirlich auf einander bezogen sind. Diese natürliche Kopula ist das Gewissen.

§. 62.

Unter Gewissen ist also nicht der substantielle Grund des freien Geistes in seiner Unmittelbarkeit zu verstehen, sondern vielmehr dessen in die Empfindung tretende Beziehung auf das Denken und Wollen des freien Geistes. Es tritt daher selbst erst mit der Freiheit ein und entwickelt sich mit dieser, hat daher ein Werden und eine Bildungsgeschichte, wie diese, und kommt mit ihr erst in der Identität der absoluten Freiheit zu seiner vollen Wahrheit. Denn hier erst ist die sittliche Substanz in den Geist verklärt und der Geist mit der von ihm geschaffenen Welt zurückgegangen in das Centrum der einfachen Empfindung. Auf dem Wege des Entwicklungsprocesses zu diesem Ziele aber ist das Gewissen das kontinuirlich den producirenden Willen begleitende Gefühl seines substantiellen Grunds und seiner Beziehung auf die freie Produktivität des Willens.

Dieses Gefühl ist hiemit eine stete Vergleichung der freien Thätigkeit mit dem substantiellen Grunde des Willens, woraus ein Urtheil des Geistes über sich selbst resultirt, vermöge dessen der freie Geist entweder sich im Widerspruch oder in der Einheit mit seiner Substanz empfindet. Das Gewissen ist somit das unmittelbare Vernehmen der sittlichen Idee im Innersten des Gemüthes in ihrem Verhältniß zur freien Produktivität.

§. 63.

Aus diesem Begriff des Gewissens ergiebt sich, daß ihm nicht die sittliche Produktivität zukommt, welche vielmehr allein der das substantielle Gefühl entwickelnden und sich selbst deutlich machenden praktischen Intelligenz angehört; wohl aber ist das Gewissen, als das die Produktivität des intellektuellen Willens begleitende Gefühl der Billigung oder Mißbilligung, der subjektive Impuls zu immer größerer Reinigung der praktischen Intelligenz, womit auch eine immer fortschreitende Bildung des Gewissens selbst Hand in Hand geht. Und nicht nur dies, sondern auch die Forderung des immer tieferen Insichgehens des praktischen Denkens liegt im Gewissen, eine Forderung, die sich erst dann erfüllt zeigt, wenn es zur Durchbildung der absoluten Freiheit und dazu gekommen ist, daß die Einsicht des substantiellen Inhalts individuelle Gewißheit, das Resultat des praktischen Denkens Herzensbedürfniß geworden ist. Ehe es dahin gekommen ist, bleibt freilich das Gewissen als subjektives Gefühl eine mangelhafte Form, weil es einestheils als das rein Innerliche gegen die Objektivität des wirklichen Handelns sich gleichgiltig verhält, anderntheils die Ausbildung seines substantiellen Grundes zu einem konkreten objektiv sittlichen Inhalt erst durch die Intelligenz erhalten kann. So wenig man daher sagen kann, daß das Gewissen an sich nur die abstrakte Spitze der Subjektivität, daher seine Stimme trügerisch und es vielmehr schlechthin dies sei, auf dem Sprunge zu seyn, in's Böse überzuschlagen (denn hier wäre der sub-

stantielle Grund des Gewissens ganz verkannt), eben sowenig darf man auch das Gewissen mit der praktischen Intelligenz verwechseln und in jenem die adäquate Form für den Inhalt der sittlichen Wahrheit suchen, da nur die praktische Intelligenz die Möglichkeit enthält, beide Momente in die wahre Einheit zu bringen. Erst das durchgebildete Gewissen fällt mit der praktischen Vernunft in Eins zusammen; an sich aber ist das Gewissen nur subjektives Gefühl und daher mit jenem doppelten Mangel behaftet, der aber allerdings dadurch aufgehoben werden kann, daß der unmittelbare Ausspruch des Gefühls im Denken objektivirt und gerechtfertigt wird. Daher genügt es denn nun allerdings nicht daran, daß man überhaupt auf die Stimme des Gewissens höre, sondern es ist wesentlich, daß man seinen Ausspruch sich denkend zum deutlichen Bewußtsein bringe und ihn hiemit ebensowohl zum tieferen Eindringen der Intelligenz in die sitttliche Wahrheit, als zu der damit Hand in Hand gehenden relativen Berichtigung des unmittelbaren Selbstbewußtseins benütze. Jedenfalls aber liegt hiemit im Gewissen das Angeführte, daß es der Jedem von Natur gegebene subjektive Sporn zur Ausbildung seines sittlichen Denkens und Wollens und die von keinem zu verläugnende innere Stimme ist, welche ihm diese Ausbildung zu einer perennirenden sittlichen Aufgabe macht.

§. 64.

Das Gewissen bestimmt sich hiemit als die Denken und Wollen zusammenhaltende Einheit. In der Freiheit des Geistes liegt ja nämlich die Nothwendigkeit des relativen Fürsichseins dieser beiden Momente, eben darin aber auch die Möglichkeit, daß beide sich trennen und der Wille das Entgegengesetzte von dem thut, was die Intelligenz als das Substantielle erkennt oder erkennen sollte. Hier tritt nun das Gewissen als das unmittelbare Gefühl der substantiellen Bestimmung des Ich in die Mitte. In ihm verkündigt sich die Pflicht,

und damit die Forderung an die Intelligenz, diese Pflicht sich zu objektiviren und in den Willen zu legen. Im konkreten Fall des Handelns also ebenso, wie über den allgemeinen sittlichen Zustand des Individuums, giebt das Gewissen seine Stimme ab und macht dadurch den Menschen verantwortlich. Denn seine Sache ist es sofort, das unmittelbar anklingende Gefühl seiner substantiellen Bestimmung in Gedanken zu übersetzen, sein Urtheil sich deutlich zu entwickeln; und sein Verdienst, wie seine Schuld ist es, wenn er sich nun entweder dazu bestimmt, seine substantielle Bestimmung zu denken und zu wollen, oder aber im Widerspruch mit jenem Urtheile seines substantiellen Selbstbewußtseins zu beharren. Nur freilich ist auch hier das Gewissen an sich noch nicht die vollendete Form der sittlichen Wahrheit, was vielmehr nur der zur absoluten Freiheit durchgebildeten praktischen Intelligenz zukommt, sofern diese in jedem konkreten Fall die Allgemeinheit, wie sie gerade für diesen Fall sich bestimmt, erkennt und eben damit den antreibenden und billigenden Ausspruch des Gewissens aus sich selbst setzt; während umgekehrt das Gewissen für sich allein auch sich abstrakt fixiren und zur feigen Grübelei werden kann.

§. 65.

Wie nun aber vor dem Handeln das Gewissen als die Denken und Wollen zusammenhaltende Macht, als die unabtreibliche Sollicitation zum sittlichen Denken und Wollen auftritt, so macht es sich auch nach vollbrachter Handlung gegen die Distinktionen des reflektirenden Verstandes, der die Schuld ganz oder theilweise vom Willen abzuwälzen versucht, als die unwillkührliche Zurechnung der Handlung geltend. Zwar ist auch diese Zurechnung noch nicht die wahre, welche vielmehr nur als ein mannigfach vermittelter Gedankenproceß durch die Dialektik subjektiver und objektiver Momente zu Stande kommt. Es kann daher die vom Gewissen ausgesprochene Imputation, weil sie die Unendlichkeit des Gefühls zur Basis hat, über-

trieben seyn. Gleichwohl bildet sie aber, wie die Forderung, so auch die wesentliche Grundlage der in den Gedankenproceß zu übersetzenden Imputation. Denn immer bleibt das Gewissen das Gefühl der substantiellen Nothwendigkeit in deren unmittelbarer Beziehung zu der durch die Handlung hervorgebrachten Objektivität [1]).

IV. Resultat.

§. 66.

Aus dem Bisherigen geht nun Folgendes hervor: Der verbrecherische Wille hat seinen Ursprung in der menschlichen Willkühr oder Wahlfreiheit, als dem Vermögen des Guten und des Bösen. Seine Entstehung setzt daher voraus, daß der Mensch aus dem Zustande des natürlichen Willens herausgetreten und nicht wieder in denselben zurückgefallen sei. Denn, solange der Wille unter der Naturbestimmtheit steht, ist er gar nicht wahrhaft Wille, ist nicht frei, sondern unfrei. Ebensowenig kann aus dem zur absoluten Freiheit durchgedrungenen Willen das Verbrechen hervorgehen, da dieser Wille die durch Freiheit vermittelte Identität der substantiellen Allgemeinheit mit der Besonderheit ist. Nur die Willkühr ist daher die Quelle des verbrecherischen Willens, und nur mit dieser Form der Freiheit hat es somit das Strafrecht zu thun.

§. 67.

Indem aber das Verbrechen seine Quelle in der Willkühr hat, so hat es seine Quelle in der Freiheit, wenn gleich nicht in der vollendeten Form derselben. Denn die Willkühr setzt den Akt der reinen Freiheit voraus. Obgleich daher der Verbrecher, indem er sich an die Gewalt des Naturtriebs oder

1) Vergl. überhaupt die mehr angef. Schriften von Vatke und Wirth. Köstlin, Neue Revision.

ein sophistisches Raisonnement hingiebt, sich selbst unfrei macht, so ist doch eben diese Thätigkeit seine Selbstbestimmung und freie That. Seine Unfreiheit ist eine freiwillige. Denn der Akt der reinen Freiheit, welchen die Willkühr involvirt, setzt den Bruch des Denkens mit der Natur, hiermit aber die Möglichkeit voraus, zwischen Vernunft und Trieb zu wählen, daher auch die Möglichkeit, das Verbrechen, wozu der Wille sich bestimmt hat, nicht zu begehen.

§. 68.

So gewiß nun zwar an der menschlichen Freiheit der substantielle Grund, aus welchem sie hervorgeht, sich forterhält und in verschiedenen Formen der Nothwendigkeit durch ihren Entwicklungsproceß sich hindurchflicht, ebenso gewiß ist auch, daß keine dieser Formen eine wirkliche Schranke für sie bildet, wie dies von der Natur, von dem Kausalitätsgesetz und dem absoluten Willen im Vorhergehenden nachgewiesen worden ist. Im Gegentheil hat sich endlich noch das Gewissen als die unabläßig mahnende, warnende und richtende Stimme des substantiellen Gefühls aufgewiesen, welche von der Natur dem sophistisch distinguirenden Verstande der Willkühr als Gegengewicht beigegeben ist und diesem die letzte Ausflucht benimmt, womit er die Schuld seiner Thaten von sich abzuwälzen versuchen möchte. Somit ergiebt sich die menschliche Freiheit als die allen deterministischen Einwendungen entnommene Grundlage für die folgende Untersuchung.

Zweiter Abschnitt.

Die Handlung und die Schuld.[1])

§. 69.

Das Verbrechen hat sich als Produkt des Willens und zwar als Produkt der freien Willkühr erwiesen, sofern diese kraft des aus dem Entwicklungsprocesse des absoluten Willens für sie resultirenden Vorrechts sich dazu bestimmt, sich als besondern Willen dem allgemeinen als solchen entgegenzusetzen. Es ist hiermit eine Unterart des Bösen überhaupt, und zwar insbesondre des subjektiv Bösen, welches als Verbrechen seine specifische Bestimmtheit darin hat, als einzelner Akt gegen irgend eine bestimmte besondere Potenz des Sittlichen in das objektive Dasein hervorzubrechen.

§. 70.

Als subjektiv böse Handlung setzt das Verbrechen einen objektiven Kreis von Pflichten und Gesetzen voraus, gegen welchen eben es die Verkehrung des subjektiven Willens bildet, welche Verkehrung zugleich eine solche gegen die eigene sittliche Natur des subjektiven Willens ist. Das Bewußtsein eines solchen Pflichtenkreises muß sich also in dem Individuum entwickelt haben, wenn es des subjektiv Bösen fähig seyn soll. Denn erst mit diesem Bewußtsein ist die Möglichkeit jener Verkehrung als einer freiwilligen gegeben. Erst diese aber begründet die Schuld.

§. 71.

Das Verbrechen ist mithin schuldvolle Handlung[2]) und setzt als solche formell die Freiheit des rechtsverletzenden Subjekts voraus. Es genügt also nicht an der bloßen Kausa-

1) Hegel §. 107 — 113.

2) Heffter §. 47. Abegg §. 78.

lität, wie sie auch von der Natur ausgesagt wird, sondern es wird die freie Kausalität zum Verbrechen erfordert. Diese freie Kausalität entwickelt sich aber mit dem Begriff der Handlung, wie er dem Verbrechen wesentlich ist, zu verschiedenen weiteren Bestimmungen. In dem Begriff der Handlung liegt nämlich eine dreifache Differenz, in welche sich das Subjekt begiebt, 1) zu der äusseren Objektivität des endlichen Daseins, 2) zu dem in demselben Medium sich bethätigenden Willen anderer Subjekte, 3) zu dem objektiven substantiellen Willen.

§. 72.

Nach allen diesen Momenten bestimmt sich nun die Schuld näher; das Urtheil aber darüber, ob und in wie weit nach den genannten Beziehungen in einer äusserlich existent gewordenen Rechtsverletzung eine schuldvolle Handlung vorliege, heißt Zurechnung. Aus diesem Begriffe der Zurechnung ergiebt sich aber: a) daß die Unterscheidung einer sogenannten Imputatio facti von einer Imputatio juris eine werthlose ist, b) daß die rechtliche Zurechnung von der moralischen nicht principiell unterschieden ist, c) daß die Begriffe von Zurechnung und Handlung sich decken, daher von Zurechenbarkeit überall nur da die Rede seyn kann, wo der Begriff der Handlung, d. h. der in der Objektivität mit sich identischen freien Subjektivität Anwendung findet.

Anm. — 1) Zum Begriffe des Verbrechens gehört es nothwendig, daß dasselbe Handlung und zwar durch freie Selbstbestimmung gesetzte, schuldvolle Handlung sei. Mit andern Worten, es gehört dazu, daß es eine zurechenbare, mithin von einem zurechnungsfähigen Subjekte begangene Handlung sei. Dagegen erklärt sich wunderlicher Weise wieder Luden[1]), indem er das Merkmal der Zurech-

---

1) Abhandlungen II. S. 70. ff. Handbuch. §. 32. Früher wurde dieselbe Ansicht besonders von Stübel vertheidigt. Thatbestand. S. 8—24.

nungsfähigkeit von dem allgemeinen Thatbestande des Verbrechens ausgeschlossen haben will. Zwar scheint es, als wolle er hiermit über den Begriff des Verbrechens nichts bestimmen, da er diesen ausdrücklich von dem allgemeinen Thatbestand unterscheidet. Allein von dieser nichtssagenden Distinktion können wir absehen, da er gleichwohl selbst sagt, der Thatbestand des Verbrechens sei der Inbegriff der Merkmale, die eine Handlung an sich tragen müsse, um unter den Begriff des Verbrechens subsumirt werden zu können, womit offenbar der Thatbestand als der Inhalt des Begriffs bezeichnet wird. Sein Grund ist nun: die Zurechnungsfähigkeit sei nur ein Zustand, in welchem der Mensch sich ohne sein Zuthun befinde, und könne darum nicht für ein Merkmal einer Handlung ausgegeben werden. Zwar könne Niemand bestraft werden, der sich nicht bei Verübung des Verbrechens im Zustande der Zurechnungsfähigkeit befunden habe, aber gerade daraus folge, daß die Zurechnungsfähigkeit kein Bestandtheil der Handlung seyn könne, welche zugerechnet werde (von welcher durch die Zurechnung geurtheilt werde, daß sich der Handelnde bei ihrer Begehung in zurechnungsfähigem Zustande befunden habe). Die Zurechnungsfähigkeit könne strafrechtlich nur in Betracht kommen, um auf sie eine verbrecherische Handlung zu beziehen. Daher müsse denn im Systeme die Zurechnungsfähigkeit erst nach dem allgemeinen Thatbestande des Verbrechens abgehandelt werden. — Allein diese Ansicht ist um so wunder-

Etwas Anderes ist es, wenn Feuerbach §. 81. unter Thatbestand nur die objektive Seite des Verbrechens versteht (wogegen er freilich sogleich in §. 82. eine auffallende Inkonsequenz begeht). Denn, indem er die Zurechenbarkeit als (subjektiven) Grund der absoluten Strafbarkeit aufführt, rechnet er sie zum Begriff des Verbrechens. Die richtige Ansicht s. bei Wächter Lehrb. I. S. 77.

licher, da Luden zu dem allgemeinen Thatbestand als wesentliches Moment die entweder als Vorsatz oder als Fahrläßigkeit erscheinende verbrecherische Willensbestimmung rechnet. Man muß ihn nun billig fragen, wie er es denn angreife, sich eine verbrecherische Willensbestimmung ohne Zurechnungsfähigkeit zu denken? und wie er sich eine verbrecherische Handlung vorstellen könne, die etwa nicht zuzurechnen wäre? In der That kann ja doch von dolus und culpa überall nur die Rede seyn, wenn eine freie Selbstbestimmung und eben damit die Zurechnungsfähigkeit vorausgesetzt ist. Dolus und culpa sind ja nichts anderes, als Formen der verbrecherischen Willensbestimmung, die durch und durch von der Zurechnungsfähigkeit bedingt ist. Eine dolose oder kulpose Handlung, bei der die Möglichkeit gedacht wird, daß sie in unzurechnungsfähigem Zustande begangen worden sei, ist das schlechthin Undenkbare. Uebrigens ist die Verwechslung, die sich Luden hier zu Schulden kommen läßt, ganz klar. Er sagt, der Gegenstand der Zurechnung sei das Verbrechen, während doch in Wahrheit dies nur von der Objektivität des Verbrechens gesagt werden kann. Ganz mit Unrecht polemisirt er gegen Abegg, der dies sehr richtig ausführt [1]). Wäre der Gegenstand der Zurechnung das Verbrechen, d. h. nicht bloß die objektive Rechtsverletzung, sondern diese zugleich als eine dolos oder kulpos hervorgebrachte, so bedürfte es der Zurechnung gar nicht; in dem Urtheil, daß eine solche verbrecherische Erscheinung vorliege, wäre das die Zurechnungsfähigkeit bejahende Urtheil immer schon mitenthalten. Wenn aber Luden meint, daß auch Abegg das Verbrechen nach seiner subjektiven Seite als Gegenstand der

1) Lehrbuch §. 78 ff.

Zurechnung prädicire, so mißversteht er ihn durchaus. Das ist nun freilich nicht zu bestreiten, daß die Zurechnungsfähigkeit nicht zur differentia specifica der verbrecherischen Handlung gehört; aber sie darum vom Thatbestand des Verbrechens auszuschließen, ist nicht minder abenteuerlich, als wenn man behaupten wollte, es gehöre dazu auch nicht der Begriff der Handlung, der Selbstbestimmung überhaupt. Auch das ist nicht zu bestreiten, daß der Zweck der Zurechnung ist, über die Schuld und die Strafbarkeit eines Subjekts zu bestimmen; aber eben dies kann ja nur dadurch geschehen, daß geurtheilt wird, es sei eine gewisse objektiv vorliegende Rechtsverletzung auf den Willen eines Subjekts als bestimmendes Princip zu beziehen; unmöglich kann also der Gegenstand der Zurechnung eben dieses Willensmoment schon enthalten; denn wenn er es enthielte, so wäre alles weitere Urtheil überflüssig. Luden sagt: man werde doch nicht behaupten wollen, daß Jemand seiner Zurechnungsfähigkeit für schuldig erklärt werde. Gewiß nicht, aber in seiner Ansicht liegt das Widersinnigere, daß Jemand seiner Schuld für schuldig erklärt werden soll. Was er sich denkt, wenn er sagt, die Zurechnungsfähigkeit sei nur ein Zustand, auf welchen eine verbrecherische Handlung bezogen werde, ist nicht zu begreifen. Denn strafrechtlich kommt ja dieser Zustand überall nicht als solcher, sondern nur die darin begangene Handlung in Betracht, wie man aber die Handlung von dem Zustande der Zurechnungsfähigkeit, der den Begriff der Handlung wesentlich bedingt, kann trennen wollen, was man sich unter dem einen Moment abgesehen vom andern überall vorstellen mag, das eben ist das Unfaßliche. Auch die praktischen Bedenken, welche Luden der gewöhnlichen Lehre entgegensetzt, sind unstichhaltig. Wenn er sagt, es würde daraus folgen, daß die Specialinqui-

sition gegen einen Menschen verhängt werden könnte, ehe nur überhaupt ausgemacht wäre, ob wirklich ein Verbrechen verübt worden oder nicht, — so ist dies allerdings richtig, sofern man unter letzterem versteht, daß das Verbrechen seiner Totalität nach noch nicht vollkommen bewiesen sei; durchaus falsch aber, wenn er etwa sagen wollte, es könne nach dieser Ansicht Specialuntersuchung verhängt werden, ehe die Wahrscheinlichkeit vorhanden sei, daß ein objektiv rechtsverletzender Erfolg der dolosen oder kulposen Handlung eines Menschen seine Entstehung verdanke. Der Irrthum bei Luden liegt hier darin, daß er behauptet, die Zurechnung sei nicht ohne Specialuntersuchung möglich, während doch nur gesagt werden kann, der Beweis der Zurechnungsfähigkeit sei nur durch die Specialuntersuchung vollständig zu erbringen, was aber ebensosehr vom Beweis des dolus und der culpa gilt. Meint Luden, der Beweis des dolus und der culpa sei vollständig ohne Specialuntersuchung zu liefern, so sieht man wahrlich nicht ein, wozu er überall diese noch für nöthig hält. Die Sache verhält sich aber vielmehr so: die Specialuntersuchung setzt die Wahrscheinlichkeit voraus, daß eine objektiv vorliegende Rechtsverletzung in der Schuld eines Subjekts, d. h. in der Handlung eines Zurechnungsfähigen ihren Grund habe. Wäre das Gegentheil bereits klar, so könnte natürlich von einer Specialuntersuchung gar nicht die Rede seyn. Sie soll nun eben dazu dienen, jene Wahrscheinlichkeit entweder zur Gewißheit zu erheben oder zu zerstören. Sie setzt also jedenfalls voraus, daß der Beweis des Verbrechens noch nicht vollständig hergestellt sei. Indem sie aber die Wahrscheinlichkeit des dolosen oder kulposen Ursprungs der Rechtsverletzung voraussetzt, so setzt sie auch die Wahrscheinlichkeit der Zurechnungsfähigkeit

des Thäters voraus. Im Gegentheil läuft Ludens Behauptung ebenso wider das positive Recht, als wider die Natur der Sache. Denn entweder ist es wahr, daß die Verhängung der Specialuntersuchung den Beweis des dolus oder der culpa voraussetzt, — dann setzt sie auch den Beweis der Zurechnungsfähigkeit voraus, oder es ist wahr, daß die Zurechnung nicht ohne Specialuntersuchung möglich ist, dann wäre allerdings mit Specialuntersuchung vorzufahren, sobald nur ein rechtsverletzender Erfolg äusserlich vorläge. Freilich ist nun das zweite Bedenken Ludens gerade, daß es praktisch höchst gefährlich wäre, mit dem Beweis des dolus oder der culpa die Zurechnungsfähigkeit als bewiesen anzunehmen, da beides auch getrennt seyn könne. Allein die praktische Gefährlichkeit findet eben nur solange statt, als man sich den Begriff der Handlung nicht klar gemacht hat, da es unter dieser Voraussetzung gar nicht möglich ist, von der dolosen oder kulposen Handlung eines Unzurechnungsfähigen zu reden. Wenn endlich Luden mit Recht gegen die stationäre Verwechslung der Unzurechnungsfähigkeit mit andern Gründen des Wegfallens der Strafbarkeit sich erklärt, so hat er vollkommen Recht. Nur ist am wenigsten zu begreifen, wie er eine solche Verwechslung der hier vertheidigten Lehre auf die Rechnung schreiben kann, wie er denn ja selbst anführt, daß Abegg dem Irrthume entgegentrete. Gleichwohl geht er selbst auf der andern Seite wieder viel zu weit, wenn er die Zurechnungslosigkeit mit der Zurechnungsunfähigkeit identificirt und deshalb auch äussere Gewalt, Irrthum und Zufall von den Gründen der Unzurechenbarkeit ausgeschlossen haben will, während es doch im Begriff der Schuld als einer Identität objektiver und subjektiver Elemente liegt, eben-

sowohl durch objektive, als durch subjektive Gründe ausgeschlossen zu werden.

2) Aus der obigen Darstellung geht ferner hervor [1]), daß die hergebrachte Unterscheidung von imputatio facti und juris eine ganz werthlose ist. Nicht bloß werthlos, sondern positiv falsch ist sie, wenn man mit Luden zu der imputatio facti auch das rechnet, daß Jemand doloser oder kulposer Urheber eines Erfolgs gewesen sei, da dann gar nicht abzusehen wäre, was nun noch weiter hinzukommen müßte, um die imputatio juris zu konstituiren. Versteht man aber unter der ersteren, wie es gewöhnlich geschieht und allein Sinn hat, das Urtheil, daß Jemand überhaupt physischer Urheber eines gewissen rechtsverletzenden Erfolgs gewesen sei, so ist dieser Begriff wenigstens ein durchaus werthloser, da diese Art von Kausalität gerade ebensogut von reinen Naturursachen prädicirt werden kann, z. B. von einem Ziegel, der vom Dache fällt und einen auf der Straße wandelnden Menschen erschlägt. Im gemeinen Leben schreibt man zwar wohl auch einem solchen Ziegel die Schuld an dem Tode des Menschen zu. Aber die Wissenschaft soll eben von solchen unbestimmten Vorstellungen sich reinigen. Im Strafrecht handelt es sich nur von der moralischen Schuld, d. h. von derjenigen, die in einer menschlichen Handlung, in der freien Kausalität eines Subjekts begründet ist. Dieser bereits erwiesene Satz erhält seine tiefere Bedeutung erst unten bei der Erörterung des Wesens der Strafe. Diese wird sich nämlich in subjektiver Beziehung als Tilgung der Schuld, als Genugthuung des Subjekts für seine Handlung erweisen. Diese Genugthuung kann aber in nichts Anderem bestehen, als darin, daß die Negati-

1) Vergl. Bauer Abh. I. S. 250.

vität der Handlung an dem Handelnden selbst zur Erscheinung gebracht wird. Eben dies setzt nun voraus, daß der, welcher auf solche Weise genugthun soll, frei gehandelt haben, in seiner Handlung eine mit sich identische Subjektivität, nicht bloß vereinzeltes, sondern allgemeines, denkendes Ich gewesen seyn muß, da er sonst die Strafe gar nicht als solche empfinden könnte. Die Strafe ist Buße der Subjektivität, daher muß auch die Verletzung, wofür gebüßt wird, durch die Subjektivität gesetzt gewesen seyn, nicht bloß durch die äussere Welt oder durch die im Ich wirkende innere Naturmacht. Kurz, die kriminalistische Imputation kann es einzig allein mit der freien Kausalität der Subjektivität zu thun haben.

3) Nur hiedurch erlangt man einen würdigen Begriff von der Strafe, wie er allen denjenigen Theorieen fehlen muß, welche die Strafe auf ausserhalb des Verbrechens liegende Zwecke gründen und daher die menschliche Subjektivität zum bloßen Mittel herabwürdigen müssen. Bei der Grundansicht, worauf die Feuerbachische [1]) Freiheitslehre beruht, war es freilich gar nicht anders möglich, als daß gerade der wesentliche Kern des Strafrechts, seine Begründung in der menschlichen Freiheit und der Schuld, als Nebensache behandelt und in ein schiefes Licht gerückt werden mußte. Wer, auf dem Boden der Kantischen Philosophie, die theoretische Vernunft als eine bloß formelle Thätigkeit auffaßt, die ihren Inhalt aus der Erfahrung nehme, der konnte auch der Imputationslehre, die unter den Gesetzen der theoretischen Vernunft steht, nur eine empirische Grundlage geben. Gerade je idealer er die praktische Vernunft, die Auto-

1) Die Literatur darüber s. bei **Mittermaier** not. I. zu Feuerbach. §. 85. Vergl. **Wächter** I. S. 109—111.

nomie des Willens, die absolute Freiheit auffaßte, umsomehr mußte er sie aus dem Gebiete des Strafrechts als einen übersinnlichen Begriff wegweisen und sich vielmehr hier an den Determinismus des Kausalitätsgesetzes halten. Die Folge war dann natürlich, daß das Strafrecht, das nicht auf die Schuld begründet werden konnte, seine Begründung durch die bloße Zweckmäßigkeit erhalten mußte, wobei denn nicht nur die ganze Imputationslehre zu untergeordneter Bedeutung herabsank, sondern überhaupt die menschliche Subjektivität zum bloßen Mittel herabgewürdigt und das Strafrecht zur thierischen Züchtigung gemacht werden mußte. Denn der psychologische Zwang, der durch die Androhung im Gesetz auf den Menschen ausgeübt werden soll, ist dem Wesen nach ganz derselbe, der durch den Prügel bei der Hundedressur ausgeübt wird. Es wird an der Macht der eingeborenen Vernunft verzweifelt und, was diese zu leisten hätte, wird vielmehr von einer Ideenassociation zwischen That und Strafe, zwischen sinnlichen Vorstellungen und Empfindungen erwartet [1]). — Je mehr die Feuerbachischen Ansichten in die Praxis übergegangen sind, um so dringender ist es nöthig, an diesen ihren Kern zu erinnern, den man sich freilich in bequemem Eklekticismus sogern unter allerlei oberflächlicher Uebertünchung verbirgt. Und leider Manche,

---

1) S. besonders Vaillant de libera voluntate. 1837. Was von den weiter bei Mittermaier a. a. O. angef. Ansichten über Willensfreiheit zu halten ist, ergiebt sich, ohne in's Besondere eingehende Kritik, aus der begründenden Darstellung des vor. Abschnitts. Ohne Bedeutung sind die vor-Feuerbachischen Ausführungen, welche in der Regel die Freiheit als unmittelbare Thatsache annehmen und in sofern allerdings Recht haben. Von Neueren s. besonders Oersted Grundregeln S. 129. ff. Henke I. S. 291—303. Rossi, Traité II. S. 103 ff.

die ihre strafrechtlichen Gedanken von Feuerbach entlehnt haben, sind dabei stehen geblieben und haben das nothwendige Gegenstück seiner Philosophie, die hohe Freisinnigkeit und Idealität ihres moralischen Theils nicht mit angenommen; sie haben von ihm nur den für die schlechte Endlichkeit berechneten Terrorismus, nicht aber zugleich die tiefsittliche Gesinnung gelernt, welche den Staatsmann auch nach Feuerbachischen Begriffen bei der Festsetzung politischer Einrichtungen leiten soll. So hat denn allerdings das Abschreckungssystem sich in eine Einseitigkeit ausarbeiten und Konsequenzen entwickeln können, die es — ohne jenen sittlichen Rückhalt — erst zu dem gefährlichen Werkzeuge in der Hand des Polizeistaats machen, als welches es sich schon erprobt hat. Darauf ist aber um so mehr aufmerksam zu machen, je mehr auch der Liberalismus unsrer Tage noch auf derselben Grundansicht über Recht und Staat basirt und so jenen Bestrebungen des Polizeistaats in die Hände arbeitet, während er einsehen sollte, daß es keineswegs genügt, in denselben Kategorieen sich herumzutreiben und nur der einen Modifikation eine andere, z. B. dem Abschreckungszweck den Besserungszweck entgegenzustellen, sondern daß gründlich nur geholfen werden kann, wenn jenes ganze Fundament des Polizeistaats, die principielle Trennung von Recht und Moral, die Verweisung des Rechts in das Gebiet der sog. äusseren Freiheit, seine Degradation zur bloßen relativen Nothwendigkeit vollständig aufgegeben wird. Hievon ist es nun nur eine Konsequenz, wenn die spekulative Ansicht die menschliche Freiheit in ihrer Wahrheit als die Grundlage des Strafrechts entschieden hinstellt und den mißhandelten Begriff der Schuld wieder zu Ehren bringt. Indem sie dies thut, erkennt sie die menschliche Subjektivität auch im Strafrecht als Selbst-

zweck an und fordert diese Anerkennung vom Staate. Wie wichtig aber die konsequente Anerkennung dieses absoluten Rechts sei, sieht man leicht ein, wenn man nur an die enge Verbindung sich erinnern will, worin das Strafrecht mit dem Strafprocesse steht. Leider weiß man, wie wenig in unsrem bestehenden Strafprocesse das gedachte Recht anerkannt, wie es vielmehr bei aller Humanität im Einzelnen doch immer noch grundsätzlich mit Füßen getreten ist. Bedenkt man nun, wie leichtsinnig man handelt, wenn man im Strafrechte selbst eine Koncession macht, gegen die man im Strafprocesse als die größte Ungerechtigkeit anzukämpfen gewohnt ist, so wird man es nicht für eine Gedankenspielerei und ein müßiges Schulgezänke halten, wenn hier alles Ernstes die Forderung gemacht wird, daß man sich entschieden aus dem Feuerbachischen Ideenkreise im Strafrecht herausreissen und vor Allem die Lehre von der Zurechnung, welche den Kern des Strafrechts ausmacht, in ihrem wahren Lichte, in ihrer tiefen sittlichen Bedeutung auffassen möge.

4) Im Bisherigen liegt, daß die kriminalistische und die moralische Zurechnung principiell nicht verschieden sind und nicht verschieden seyn können. So gegründet es ist, wenn Manche gegen die einseitig moralischen Vergeltungstheorieen die relative Verschiedenheit der moralischen und rechtlichen Zurechnung hervorheben, so verkehrt ist es, wenn sie diese relative Verschiedenheit zu einer absoluten und principiellen aufschrauben. Eine principielle Differenz ist aber deshalb nicht möglich, weil die Sittlichkeit in ihren verschiedenen Formen Eine und dieselbe ist. Von der relativen, die allerdings stattfindet, wird unten näher gehandelt werden. Hier ist aber auf die gemeinsame Grundlage beider, den Begriff der menschlichen Freiheit, hinzuweisen, den der moralische Beurtheiler

sowenig, als der Richter, aufgeben darf. Zwar gibt es eine Art der moralischen Beurtheilung, die namentlich, wo es sich von Verbrechen handelt, in unbesonnenem Mitleid mit dem Opfer der stets scheel angesehenen Justiz allezeit zu deterministischen Erklärungsweisen auch der schnödesten Uebelthaten bereit ist und den Defensoren herrlich in die Hände arbeitet. Allein von dieser populären Moral, die mit derselben Gedankenlosigkeit am nächsten Tage, vom Motive des Neides geleitet, die erhabensten Thaten weltgeschichtlicher Subjekte zur Wirkung zufälliger Umstände herabsetzt, — von dieser ist hier natürlich nicht die Rede. Die wahre Moral hat dasselbe Wesen des Willens zum Princip, von der auch hier ausgegangen wird. Sie ist also über jede Art von Determinismus ebenso hinaus, wie dies der imputirende Richter sein muß. Wenn gleich daher der moralische Beurtheiler beim bestimmten Verbrechen noch Manches in Anschlag bringen muß, worauf der Richter nicht sehen darf, so stehen sich beide doch darin vollkommen gleich, daß sie kein nothwendiges Schlechtsein beim Menschen anerkennen, daß sie vielmehr den Verbrecher, mögen ihn nochsoviele plausible Gründe determinirt haben, eben dafür verantwortlich machen, daß er sich durch diese Gründe hat determiniren lassen. Dem Geist kommt überall kein Natursein zu, seine Substanz besteht allein in der Thätigkeit, und er ist daher nur das, wozu er sich selber macht. Diese Idealität des Geistes ist auch das Grundprincip der Moral, und darum ist die moralische Schuld dem Wesen nach keine andere, als die rechtliche. Es kann daher auch nicht gebilligt werden, wenn Berner a. a. O. S. 47. sagt; daß der Moralist den Begriff der Imputation klar unterscheide, sei nicht von großer Wichtigkeit, der Jurist dürfe sich aber auf solche Konfusion nicht einlassen. Diese

unrichtige Behauptung hängt mit der viel zu engen Auffassung der Imputation bei dem gedachten Schriftsteller zusammen, sofern er den Begriff derselben in der Reflexion des äusserlich Geschehenen in den Willen überhaupt aufgehen läßt. Er hat zwar vollkommen Recht, wenn er in der angef. Stelle auf die begreifliche Scheidung der Imputationslehre von der Lehre über die Strafzumessungsgründe dringt, allein dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß nicht in den Begriff der Imputation ausser der von ihm festgehaltenen Beziehung auch andre Beziehungen, namentlich die des subjektiven Willens auf den objektiv-sittlichen aufzunehmen wären. Noch weniger wird damit der Satz gerechtfertigt, daß es die Moral mit dem Begriff der Zurechnung nicht genau zu nehmen habe [1]). Das Nähere darüber wird, wie gesagt, unten ausgeführt werden. Hier wollten wir nur darauf aufmerksam machen, daß der Begriff der Zurechnung in der Regel zu eng genommen wird, sofern man nicht alle Differenzen, in welche das Subjekt als handelnd tritt, sondern nur die erste der im Paragraphen genannten im Auge hat.

5) Endlich liegt aber in der ganzen vorhergegangenen Ausführung, daß es die strafrechtliche Zurechnung [2]) überall nur mit dem mündigen, geistig gesunden Menschen zu thun hat. Denn erst durch das Denken wird der Wille frei; von Natur dagegen ist er nicht frei, vielmehr ist der Wille eine gewisse Zeit lang nothwendig in die Naturbestimmtheit befangen und hiemit den Reizen von aussen, wie von innen mit Nothwendigkeit unterworfen. Erst mit der gereiften Geistigkeit tritt daher die Möglichkeit der freien Selbstbestimmung und eben damit

1) Vergl. Abegg S. 125. und die dort Angef. Rossi a. a. O.
2) Vergl. Heffter §. 49. 51.

auch der Zurechnung ein. Denn erst auf dieser Stufe ist auch die nothwendige Voraussetzung des subjektiven Bösen, nämlich das Wissen um einen objektiven Kreis von an und für sich seienden Bestimmungen vorhanden, eine Voraussetzung, die, wie die Möglichkeit, so auch das sollicitirende Princip des Bösen bildet. Hiemit ist denn ein sehr wesentlicher, noch in neueren Legislationen keineswegs gehörig anerkannter Unterschied in der Strafgerechtigkeit gegeben, nämlich der Unterschied der erziehenden von der eigentlichen (rächenden) Strafgerechtigkeit, worüber unten noch näher zu sprechen seyn wird. Aus dem Angeführten erhellt zugleich, daß man den Zustand der Zurechnungsfähigkeit bei allen der Kindheit entwachsenen Individuen als den regelmäßigen [1]) anzunehmen hat, worin aber freilich noch nicht liegt, daß man etwa hieraus eine praesumtio juris zu machen hätte. Gibt man jedoch dies zu, so muß man die entgegengesetzte Präsumtion der Unzurechnungsfähigkeit, wie sie von Seiten des Materialismus und einer gedankenlosen Weichherzigkeit aufgestellt wird, als schlechthin verkehrt und den menschlichen Geist entwürdigend abweisen [2]).

§. 73.

Indem die Zurechnung die freie Selbstbestimmung des Subjekts zur Grundlage hat, so ist der Inhalt der Imputationslehre das Recht des subjektiven Willens, vermöge dessen dieser nur das ist und nur als das sich anerkennt, worin er sich als solchen weiß. Als subjektiver Wille steht nun aber der Wille in einer doppelten Differenz, und hat darum auch jenes Recht desselben eine doppelte Bedeutung.

---

1) Abegg S. 147. 148.

2) S. darüber Mittermaier not. I. zu Feuerbach §. 87. und die dort Angef.

Einerseits nämlich ist der subjektive Wille als solcher im Gegensatz gegen das Wesen des Willens, gegen welches er als das Formelle bestimmt ist und hiemit im Verhältnisse des Sollens steht. Andererseits ist er als Subjektivität im Gegensatz gegen die Objektivität als äusseres Dasein und steht hiermit im Verhältnisse des endlichen Bewußtseins.

§. 74.

Die letztere Differenz entwickelt sich nun zunächst zu folgenden Bestimmungen. Der subjektive Wille bethätigt sich als der äussern Objektivität entgegengesetzter dadurch, daß er sich selbst in die letztere übersetzt und in der hiemit in objektiver Existenz gesetzten Bestimmung sich als identisch mit sich, sonach die Differenz für sich als aufgehoben und zum bloßen Formunterschiede des Inhalts seiner Selbstbestimmung, seines Zwecks herabgesetzt erkennt. Das Wesen des Willens überhaupt ist nämlich, in seiner von ihm selbst gesetzten Bestimmtheit mit sich identische Allgemeinheit zu bleiben. Eben in dem Momente der Bestimmtheit liegt aber das Verhältniß der Endlichkeit überhaupt, wornach der Wille als das Objektive in formellem Gegensatze gegen eine vorgefundene Aussenwelt steht; da nun im Begriffe des Willens wesentlich die Einheit des Subjektiven und Objektiven liegt, so ist die Form des bloß subjektiven Zwecks eine mangelhafte, und dieser Mangel wird nun eben dadurch aufgehoben, daß dem subjektiven Zwecke die Form der Objektivität gegeben, daß er in das äussere Dasein übergesetzt wird. Beides zusammen ergibt nun eben jene Bethätigung des subjektiven Willens, sein Dasein zu seiner eigenen Bestimmtheit zu machen, worin näher die Momente liegen, daß er a) sich innerlich in sich selbst besondert, einen Inhalt in sich setzt, b) die Schranke des bloßen Subjektivseins für diesen Inhalt aufhebt, indem er ihn in die objektive Existenz überzutragen thätig wird, c) in diesem objektiven Dasein aber

seinen subjektiven Zweck ausgeführt und in beiden Formen seine Identität mit sich selbst erkennt.

§. 75.

Hiezu tritt nun aber ferner das Differenzverhältniß, in welchem der Wille als subjektiver zur Objektivität des Willens überhaupt steht. 1) unterscheidet sich derselbe von seiner eigenen äusserlichen Objektivität insofern, als er dieselbe nur so weit als identisch mit sich gelten läßt, als sie für ihn seine Subjektivität enthält, 2) unterscheidet er sich von der Objektivität seines Begriffs, von der Substanz des Willens dadurch, daß er ihr gegenüber das Formelle der unendlich freien Selbstbestimmung, hiemit die Möglichkeit ist, sie als Inhalt in sich zu setzen oder auch nicht zu setzen, 3) unterscheidet sich der subjektive Wille, indem er sich in der Ausführung seiner Zwecke erhält, zugleich aber mit der Objektivirung derselben seine Subjektivität als diese unmittelbar bestimmte aufhebt, von dem subjektiven Willen Anderer, zu dem er hiemit in positive Beziehung tritt. In der Objektivirung des subjektiven Willens liegt hiemit dreierlei, a) daß er sich objektiv äussere Existenz gibt, b) daß er sich in Beziehung zur Substanz des Willens setzt, c) daß er sich im Willen Anderer Dasein verleiht. Diese Bethätigung des subjektiven Willens aber in den angeführten Beziehungen ist die Handlung. Da nun die Zurechnung das Urtheil über die freie Kausalität des handelnden Subjekts ist, so hat dieses Urtheil einen dreifachen Gegenstand: a) die Beziehung der vom handelnden Subjekte äusserlich gesetzten Objektivität auf die freie Selbstbestimmung desselben überhaupt, — formelle Zurechnung; b) die Beziehung des in beiden Formen identischen Inhalts auf die Besonderheit des subjektiven Willens als solche und in ihrem Verhältnisse zu andern subjektiven Willen, d. h. auf ihr eigenes Wohl und das Wohl Anderer, — materielle Zurechnung, c) die Beziehung desselben

Inhalts auf den substantiellen Willen, — allgemeine Zurechnung.

I. Formelle Zurechnung.

§. 76.

Der Gegenstand der formellen Zurechnung ist die Beziehung der in der Welt des objektiven Daseins gesetzten Veränderung, des äusserlich Geschehenen auf den Willen, das subjektiv Innerliche als Princip. Diese Beziehung, als eine positive gesetzt, macht den Begriff der Handlung aus; als negative gesetzt, schließt sie den Begriff der Handlung aus. Die formelle Zurechnung besteht also in der Beurtheilung, ob ein objektiv Geschehenes eine Handlung sei oder nicht. Sie hat es demnach mit drei Momenten zu thun, 1) mit dem Thatmoment, 2) mit dem Gewollten, 3) mit der Vermittlung dieser beiden Momente, welche durch das Urtheil der Zurechnung entweder als existirend oder als nichtexistirend ausgesagt wird.

§. 77.

Unter Thatmoment ist hier aber nichts Anderes zu verstehen, als das abstrakt äusserliche Moment des Geschehenen, Faktischen, worunter daher ebensowohl das Unterlassene, als das positive Thun fällt. Andererseits drückt das Willensmoment noch das abstrakt innerliche Moment der freien Selbstbestimmung aus, wobei die unten aufzuführenden Unterschiede von dolus und culpa noch als indifferent gesetzt sind. Das Wesentliche der formellen Zurechnung ist aber überhaupt nur dies, zu bestimmen, ob die gedachten Momente identisch seien oder nicht.

Anm. — Abegg §. 78. 79, würde dies vollkommen richtig darstellen, wenn er nicht im Einzelnen die

Begriffe der Zurechenbarkeit und der Zurechnungsfähigkeit auf ungehörige Weise vermischte, wodurch er intellektueller Miturheber der hierüber von Luden entwickelten unrichtigen Bestimmungen geworden ist. In der folgenden Darstellung wird beides auseinandergehalten und dadurch hoffentlich der wesentliche Gehalt der von Abegg vorgetragenen Sätze gegen alle Mißverständnisse gesichert werden. Daß übrigens die Begriffe von Zurechnung und Handlung sich decken, vorausgesetzt nur, daß man den Begriff der Handlung nicht ungeschickter Weise als bloß äusserliches Thun bezeichnet und dadurch seines wesentlichen Gehalts entkleidet, das darf als ein durch die weltgeschichtliche Entwicklung des Strafrechts hinlänglich gesicherter und in das gemeine Bewußtsein übergegangener Satz, vindicirt werden [1]). Eine solche ungeschickte Auffassung des Begriffs der Handlung findet sich aber z. B. bei Luden Abh. II. S. 215. 216., wenn er sagt: „Die Handlung, welche zu einer verbrecherischen Erscheinung führt, muß nothwendig aus zwei Theilen bestehen, nämlich aus der Thätigkeit des Menschen (oder der Bewegung seiner körperlichen oder geistigen Kräfte), und aus der durch diese Bewegung veranlaßten Wirksamkeit gewisser Kräfte oder Gesetze der Natur, wodurch die Erscheinung hervorgebracht wurde." So richtig diese Unterscheidung des menschlichen Thuns und der physischen Bedingungen für dessen Erfolg an sich und so wichtig sie in manchen Beziehungen ist, so falsch ist es doch, wenn hiemit der Begriff der Handlung abgeschlossen seyn soll. Vielmehr leuchtet ein, daß diese beiden Momente zusammen eben nur das Thatmoment ausmachen, während

1) Nur die wissenschaftliche Entwicklung der hier zu Grunde liegenden Gedanken wird in der Regel vermißt.

man, um den Begriff der Handlung zu erhalten, nothwendig noch das Moment der freien Selbstbestimmung und der Beziehung des Thatmoments auf das Willensmoment als sein bestimmendes Princip hinzufügen muß. Daß aber dies kein bloßer Wort- und Schulstreit sei, das ergeben, worauf Luden selbst mit Recht Gewicht legt, die praktischen Konsequenzen, und zwar gehört zu den unrichtigen praktischen Folgerungen aus jenem unrichtigen Begriffe der Handlung vornämlich die, daß die ganze Lehre von der Urheberschaft und Theilnahme in ein schiefes Licht gerückt und die subjektive Kausalität unter der objektiven erstickt wird, was um so auffallender ist, da sich an andern Stellen Luden sogar zu der ganz entgegengesetzten Ansicht bekennt, daß eigentlich der Versuch der Vollendung gleich bestraft werden sollte. Man kann zwar nicht sagen, daß jene Lehre von Luden völlig falsch behandelt sei, da sich die Natur der Sache doch wieder in dem von ihm aufgestellten Unterschiede zwischen juristischem und bloß physikalischem Kausalzusammenhang geltend macht; aber theils läßt sich zeigen, daß hier aus richtigen Prämissen argumentirt wird, die aber stillschweigende Voraussetzungen bleiben und somit erschlichen sind, theils bleibt es auffallend, daß jene Differenz nur auf das Moment des Wissens reducirt, gerade von dem Hauptmomente aber, dem Willen, fast gar nicht die Rede wird. Dies ist um so nachtheiliger, da durch die Koordination der im menschlichen Thun liegenden Kausalität mit der Kausalität der Natururſachen dem Determinismus die Hand geboten wird. Wollte man aber dagegen einwerfen, daß ja Luden die Zurechnungsfähigkeit als Bedingung der Bestrafung in petto behalte, so muß erwiedert werden, daß damit wenig gedient ist, da sich nicht einsehen läßt, wie mit einem Begriffe von Zurechnungs-

fähigkeit, der dem Begriffe der Handlung geradezu entgegensetzt wird, somit nur den Nagel bildet, an dem der Begriff der Schuld aufgehangen wird, — dem Determinismus begegnet werden soll.

2) Daß das Thatmoment ebensowohl in einem Nichtthun, als in einem Thun bestehen könne, ist im Wesentlichen allgemein zugegeben. Gegen die theilweise irrigen genaueren Bestimmungen über die Unterlassungsvergehen, wie sie sich in den meisten Lehrbüchern [1]) finden, erklärt sich mit Recht Luden Abh. II. S. 218—259; nur scheint der Unterschied zwischen Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne, welche sog. Gesetzesverbrechen seyn sollen, und anderen Unterlassungsverbrechen, auf welchen Luden hauptsächliches Gewicht legt, ohne Werth zu seyn.

§. 78.

Besteht hiernach der Begriff der Handlung in der vermittelten Einheit des Willens und der That, so ist es klar, daß keine Handlung vorliegt, mithin auch keine Zurechnung stattfinden kann, wo es an dieser Vermittlung fehlt. Dieser negative Satz ist mit dem positiven in §. 76. identisch. Es genügt jedoch für die Einsicht in das Wesen der Sache nicht, die einzelnen Gründe der Aufhebung der Zurechnung aneinanderzureihen. Vielmehr ist die Differenz, in welche hier die Subjektivität mit dem objektiven Weltzusammenhange tritt, in ihrer ganzen Schärfe zu erwägen und das gegenseitige Recht beider Momente an einander zu erörtern. Indem das Subjekt den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das äussere Dasein übersetzt, tritt es in den Weltzusammenhang und seine unendlich mannigfaltigen Konjunkturen ein und ruft eine relativ

1) Feuerbach §. 24. Martin §. 33. Vergl. Spangenberg N. Arch. IV. S. 527 ff.

ausser seinem Wissen und Wollen liegende Macht gegen sich hervor. Dem Rechte der Subjektivität, nur für das einzustehen, was in seinem Wissen und Willen lag, tritt das Recht der Objektivität gegenüber, von dem handelnden Subjekte in sein Wissen aufgenommen zu werden, und es handelt sich sofort um die Versöhnung beider Berechtigungen, womit sich die selbstbewußte Freiheit und die Nothwendigkeit der bewußtlosen Weltsubstanz gegenüberstehen. Diese Betrachtung wird sich aber durch folgende Momente zu bewegen haben. 1) ist der formelle Begriff der Handlung in seiner Unmittelbarkeit näher anzusehen, in welcher er noch unvermittelte Identität von Subjektivität und Objektivität ist und ebensowohl das Princip der Freiwilligkeit, als das der Unfreiwilligkeit in sich hat. 2) macht jede der beiden Seiten ihr Recht für sich geltend, woraus die Lehre von dolus und culpa, sowie vom Versuch und der Vollendung hervorgehen. Eben diese Bewegung aber, in welcher beide Seiten sich in einander reflektiren, führt 3) zu dem konkreten Begriff der formellen Handlung als vermittelter Einheit beider Seiten, wobei die Lehre von der Urheberschaft und Theilnahme ihre Entwicklung finden wird.

Anm. — Daß diese Lehren im engsten Zusammenhange stehen, so daß eine sich aus der andern dialektisch entwickeln muß, wenn es nicht bei einer oberflächlichen Vorstellung davon bleiben soll, daß aber diese Forderung gewöhnlich nicht erfüllt werde, ist leicht zu bemerken. Daß aber hiemit kein unbegründeter Tadel ausgesprochen sei, das muß die folgende Entwicklung selbst beweisen. So wichtig der bereits von Abegg gemachte Fortschritt ist, wenn dieser wenigstens die Lehre von der Zurechnung und von den Graden der Schuld nicht, wie Andre [1],

1) S. z. B. Feuerbach in seinem Lehrb.

auseinanderreißt, so sehr ist es doch zu bedauern, daß er hiebei stehen geblieben ist und weder die Lehre von Versuch und Vollendung, noch die von Urheberschaft und Theilnahme der immanenten Bewegung des Begriffs gemäß entwickelt hat. Noch mehr zu bedauern ist es, wenn Luden, der sonst ein feines Gefühl für die von Abegg eingeführten Verbesserungen zeigt, gerade bei diesem Kernpunkt der Wissenschaft sogar gegen Abegg polemisirt. Dabei leitet ihn zwar das richtige Bewußtsein, daß ein Hauptsitz der Verwirrung in der herkömmlichen Doktrin in der Lehre von der aufgehobenen Zurechnung liege, wie denn allerdings hier das Verschiedenste untereinander gewürfelt zu werden pflegt. Es wird aber das Uebel nicht besser, wenn er nun auf der andern Seite durch seinen dem wissenschaftlichen Denken ebenso, wie dem gemeinen Bewußtseyn widerstrebenden Begriff von Handlung und Zurechnung eine neue Verwirrung in die ohnedieß verworrene Lehre zu bringen droht. Wahrhaft traurig ist es aber, daß die nun schon vor sechszehn Jahren von Michelet gelieferte spekulative Entwicklung der kriminalistischen Imputationslehre gerade in der kriminalistischen Literatur fast gar nicht beachtet worden ist [1]).

A. Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit.

§. 79.

Der Begriff der menschlichen Handlung ist, freiwillig, d. h. Einheit des Willens und des Thatmoments, ein aus dem Innern kommendes freies Bestimmen der äusseren Objekte zu seyn. Der Wille, als ein subjektiv Innerliches, ist

1) System der phylosophischen Moral. 1828. Nur seine Dissertation über dolus und culpa ist im N. Arch. angezeigt und flüchtig abgefertigt.

unterschieden von der objektiven Aussenwelt, welche ihm vor dem Bestimmtwerden fremd und gleichgiltig gegenübersteht. Gleichwohl enthält diese Aussenwelt die für sich selbständigen Bedingungen für die Aeusserung der subjektiven Freiheit. Schon das sinnliche Bewußtsein des Ichs nun aber vermittelt jene ursprüngliche Fremdheit und Aeusserlichkeit. Anschauend nimmt das Subjekt die Eindrücke der Objekte in sich auf, setzt sie ideell in sich. Der einfache Punkt, welcher das individuelle Ich ist, erweitert sich zu dem Kreise, in welchem sich der Inhalt seiner ganzen Umgebung reflektirt und zu einem Inhalte seines Bewußtseins wird. So die Umstände ideell im Ich gesetzt, sind sie daher diesem nicht mehr fremd und äusserlich, es kann sie als die seinigen bestimmen, und, indem es dabei sich selbst bestimmt und den Inhalt seiner Selbstbestimmung in das objektive Dasein überträgt, so ist die hiedurch zu Stande gebrachte Veränderung des objektiven Daseins eine das Ich abspiegelnde Existenz, eine freie That, eine Handlung. Sie ist dies indessen nur der Potenz nach, d. h. es ist nur der Begriff der menschlichen Handlung, frei zu seyn. Denn einmal liegt, wie sogleich erhellen wird, in derselben Vermittlung durch das sinnliche Bewußtsein ebensowohl auch die Möglichkeit der Unfreiwilligkeit. Ferner ist schon oben gezeigt, daß zur wahrhaften Aktualisirung der Freiheit noch mehr, als die bloße Vermittlung durch das sinnliche Bewußtsein, nämlich die durch das Denken gehöre. Hier sollte nur der formelle Begriff der Handlung in seiner Unmittelbarkeit aufgezeigt werden. Und allerdings ist es nun eben jene Vermittlung durch die Anschauung, welche von Anfang an die Möglichkeit der Freiwilligkeit gibt, obgleich damit noch nicht die wirkliche Freiheit gesetzt ist; daher spricht man z. B. auch dem Kinde, dem Blödsinnigen die Freiwilligkeit in diesem weitern Sinne nicht ab, während man ihm in konkretem Sinne

die Freiheit allerdings mit Recht abspricht und daher seine Handlungen für unzurechenbar erklärt.

§. 80.

Eben indem das Subjekt sich wollend in sich vertieft, setzt es sich nun aber ferner den äusseren Objekten als einem ihm fremden Zusammenhange entgegen. In dieser ursprünglichen Aeusserlichkeit und Fremdheit der Objekte gegen das Subjekt liegt nun gleichfalls die Möglichkeit, daß beide auch nicht identisch gesetzt seyn können. Zum Begriff der Handlung gehört 1) das Willensmoment, 2) das Thatmoment, 3) die Einheit beider, welche bedingt ist theils durch das richtige Auffassen der Objekte, theils durch die freie Selbstbestimmung der richtig aufgefaßten. Fehlt daher eines dieser Momente, so ist der Begriff der Handlung nicht vorhanden, mithin die Zurechnung aufgehoben. Hierin liegen bereits die Arten des Unzurechenbaren [1]).

Anm. — Daß unter die Aufhebungsgründe der Zurechnung Nothwehr, Nothstand, Drohung, verbindlicher Befehl u. d. gl. nicht gehören, darüber braucht nach dem Bisherigen kaum ein Wort mehr verloren zu werden, s. indessen Berner a. a. O. S. 49, 50. Eben dort ist auch richtig gezeigt, daß die gewöhnliche Verwechslung der Ausdrücke Zurechnungsunfähigkeit und Zurechnungslosigkeit vom Uebel ist, sofern letztere einen viel weiteren Begriff darstellt, als die erstere, und es unzurechenbare Thaten durchaus zurechnungsfähiger Subjekte giebt. Ebend. S. 50—52. Gegenüber den andern neuen Gesetzgebungen

1) In der Entwicklung dieser Lehre ist die Feuerbachische Freiheitslehre vorzüglich schädlich gewesen, und dieser Einfluß hat sich auch in der neueren Doktrin noch keineswegs ganz verloren. S. z. B. Mittermaier in den Noten zu Feuerbach §. 91.

macht in dieser Lehre der Badische Entw. einen wahren Fortschritt [1]).

1) Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels der freien Selbstbestimmung.

§. 81.

Der Wille ist nur frei durch das Denken, mittelst dessen das Ich seiner eigenen und der äusseren Natur sich selbst als selbstbewußte Allgemeinheit entgegenstellt. Ein Wille, der nicht von diesem Denken getragen wird, ist kein wahrer Wille, sondern die Unfreiheit selbst. Eine solche Unfreiheit findet nun überall statt, wo die Naturnothwendigkeit in das Innere des Subjekts selbst tritt und eine innerlich über sein Wissen und Begehren gebietende Macht wird. Die Zustände dieser Unfreiheit haben übrigens eine doppelte Eigenthümlichkeit. Während sie einerseits die intensivste, weil in der Subjektivität selbst begründete, nicht nur das irrige Auffassen der äusseren Objekte, sondern auch den Mangel am Bewußtsein des substantiellen Willens mit sich führende Aufhebung der Zurechnung, die Unzurechnungsfähigkeit des Subjekts selbst darstellen, — so liegt andrerseits gerade darin, daß der Grund der Unfreiheit bei ihnen ein subjektiver ist, die Möglichkeit ihrer Annäherung zur Freiheit; eben deshalb giebt es auch eine Reihe solcher Zustände, die man als zweifelhafte Seelenzustände prädicirt, weil sie auf der Grenze zwischen Freiheit und Unfreiheit zu stehen scheinen.

§. 82.

Je schwieriger die Beurtheilung solcher Zustände im einzelnen Falle zu seyn pflegt, um so nothwendiger ist es, das Princip festzuhalten, welches dabei leiten muß. Dies besteht aber einfach darin, daß die Erklärung eines Subjekts für

1) Heffter, N. Arch. 1837. S. 338.

unzurechnungsfähig den Beweis der über sein Wissen und Wollen mächtig gewordenen Naturnothwendigkeit voraussetzt. Hierin liegt, a) daß es nur entweder Zurechnungsfähigkeit, oder Unzurechnungsfähigkeit, keineswegs aber Grade der Zurechnungsfähigkeit giebt; wenn gleich Zustände relativer Unfreiheit vorkommen, so kann doch eine bestimmte Handlung immer nur entweder frei oder unfrei gewesen seyn; und jene Relativität erzeugt nur eine Schwierigkeit des Beweises; b) daß die Aufstellung sogenannter unwiderstehlicher Triebe als Gründe für Aufhebung der Zurechnung nicht statthaft ist, weil der Trieb als solcher gar nicht unüberwindlich seyn kann; c) daß es ebenso widersinnig ist, die Möglichkeit einer beim ungetrübten Vorhandensein der Intelligenz eintretenden Gebundenheit des Willens zu statuiren. — Was nun aber die Frage betrifft, in welchem Verhältnisse überhaupt der Geist zu seiner Natur stehe, so ist der schon oben entwickelte Grundsatz festzuhalten, daß beide weder in dualistischem Gegensatze stehen, noch unmittelbar indentisch sind, daß vielmehr der Geist die Idealität des Körpers, dieser hiemit allerdings ein Moment in jenem, aber ein ideell gesetztes, und deshalb der Geist absolute Macht über den Körper ist. Muß hiemit der Geist der Potenz nach unbedingt für frei erklärt werden, so setzt der Beweis der Unzurechnungsfähigkeit stets den Beweis voraus, entweder daß diese potentielle Freiheit bei einem Subjekte sich überall noch nicht aktualisirt habe, oder daß sie zwar vorhanden gewesen, aber die Naturnothwendigkeit an ihre Stelle getreten sei. Dieser Beweis wird aber keineswegs schon durch das Aufzeigen physikalischer Erscheinungen und Ursachen als Möglichkeiten einer psychischen Störung, sondern nur durch den Nachweis einer wirklich eingetretenen psychischen Störung, des wirklich eingetretenen Verlustes der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins und Wollens hergestellt.

Anm. — Es ist hier nicht der Ort, in den unendlichen

Reichthum der juristischen und ärztlichen Literatur[1]) über die zweifelhaften Seelenzustände einzugehen. Die Schwierigkeiten dieser Lehre reduciren sich auf die empirische Schwierigkeit des Beweises, sobald man sich nur über die Principien der Freiheitslehre klar ist. Und um diese allein ist es hier zu thun. Leider zeigt der bis auf die neuere Zeit fortgeführte gerichtsärztliche Streit, daß es eben an solcher Klarheit der Principien fehlt und deshalb freilich die Sache noch viel tiefere Schwierigkeiten darzubieten scheint. Daß aber selbst eine im Wesentlichen richtige Vorstellung von der Freiheit ohne spekulative Begründung nicht hinreiche, um vor Irrthümern zu bewahren, zeigt die übrigens so schätzenswerthe Abhandlung von Mittermaier im N. Archiv. 1835. S. 93 ff., wenn dieser einerseits anerkennt, daß die menschliche Freiheit auch den stärksten Versuchungen zum Unrecht zu widerstehen vermöge, und andrerseits die Möglichkeit zugiebt, daß unwiderstehliche Triebe den Willen bei übrigens ungetrübtem Bewußtsein beherrschen können[2]). Wollte man indessen nur an den im Texte aufgestellten negativen Folgerungen unverrückt festhalten, so würde schon viel gewonnen seyn. Was die Grade der Zurechnungsfähigkeit betrifft, so enthält deren Annahme[3]) einen inneren Widerspruch, den man von selbst aufgeben muß, sobald man sich nur die Mühe geben will, ihn klar zu denken. Sie erklärt sich allerdings aus der Rathlosigkeit, in die man sich versetzt fühlt, wenn ein Zustand bloß relativer Unfreiheit vorliegt und der Beweis der Freiheit oder Unfreiheit für das

1) S. Mittermaier in der 13ten Ausgabe von Feuerbachs Lehrbuch. §. 90. A. und die dort Angef.

2) S. dagegen Visini in Wagners Zeitschrift 1834. S. 34. vgl. A. Henke Lehrb. §. 285 und Abh. III. S. 237 ff.

3) Abegg §. 89.

konkrete Thun sich nicht befriedigend feststellen lassen will. Hier ist es denn allerdings eine bequeme Aushilfe, verminderte Zurechnungsfähigkeit anzunehmen; allein diese Art von Vermittlung taugt nichts. Denn, so gewiß es ist, daß in allen menschlichen Handlungen, auch den freisten, eine Seite der Nothwendigkeit ist, so kann doch das bestimmende Princip darin immer nur das eine oder das andre seyn, die Freiheit oder die Nothwendigkeit. Erstere ist überall nur vorhanden als Negation der letzteren; so lang also ein Thun noch positives Wirken der Naturnothwendigkeit zeigt, kann von freier Kausalität nicht die Rede seyn; sobald aber umgekehrt die Naturnothwendigkeit gebrochen und das Thun als von der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins ausgehend erscheint, so hat man auch volle Zurechnungsfähigkeit anzunehmen, wenn gleich dasjenige, was man in solchen Fällen irrig für einen Grund der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit nimmt, als geringerer Schuldgrad oder Strafmilderungsgrund allerdings von Bedeutung für die Zumessung der Strafe werden kann. Wenn Stahl sagt, das Bewußtsein, als positive Kraft, sei unendlicher Steigerung, wie unendlicher Herabsetzung fähig, so zeigt er eben mit der angebrachten Kategorie der Kraft, daß er das Wesen des Willens ganz verkennt. Denn Kraft ist eine Kategorie der Natur, und durch ihre Anwendung auf den Willen wird dieser zum Sinnlichen herabgesetzt, wie denn auch eben deshalb der Determinismus es liebt, den Willen als Kraft zu bezeichnen. Das Wesen des Willens liegt aber gerade in der Negation des Seins in der Sinnlichkeit, in der Idealisirung der natürlichen Kraft, im Abbruch von ihrer sinnlichen Unmittelbarkeit, worin allein die größere oder geringere Intensität der Kraft liegt. — Eben aus diesem Wesen des Willens folgt aber auch der andre der obigen

Sätze, daß es keinen unwiderstehlichen Trieb geben kann. Denn dies behaupten, heißt den Begriff der Freiheit negiren [1]). So gewiß es allerdings Zustände giebt, in welchen an die Stelle des Wissens und Wollens die Naturnothwendigkeit tritt und den Menschen zu seinem Thun unwiderstehlich treibt, so verkehrt ist es doch, dem Triebe als solchem, unter Voraussetzung der Möglichkeit des Wissens und Wollens, bei vorhandener Integrität der denkenden Allgemeinheit, eine solche unwiderstehliche Gewalt beizulegen. Jene Zustände setzen voraus, daß der Bruch des Geistes mit der Natur entweder noch nicht zu Stande gekommen, oder daß der Geist unter die Naturnothwendigkeit zurückgesunken, d. h. der Möglichkeit einen Trieb als solchen zu erkennen und sich gegen denselben für die Vernunft zu entscheiden, verlustig geworden sei. Dort kann es sich also gar nicht davon handeln, ob dieser oder jener Trieb unwiderstehlich, ob die Vernunft mehr oder minder mächtig gewesen sei, ihn niederzukämpfen; denn die denkende Allgemeinheit überhaupt ist als aufgehoben gesetzt, und der leichteste Trieb hat dieselbe Macht, wie der stärkste. Dies setzt aber voraus, daß, ganz abgesehen von dem bestimmten Triebe, aus welchem die Thätigkeit hervorgegangen ist, Ursachen nachgewiesen seien, durch welche die denkende Allgemeinheit überhaupt aufgehoben und die schlechthinige Unmöglichkeit, den Naturtrieben zu widerstehen, gesetzt wurde. Ganz etwas Andres ist es aber, wenn man unter Voraussetzung der Freiheit überhaupt, ohne anderweitigen Beweis der aufgehobenen denkenden Allgemeinheit, vielmehr unter dem Anerkenntniß, daß ein bestimmtes Subjekt andern Trieben oder etwa auch dem bestimmten Triebe bei minderer Intensität desselben zu

---

1) Feuerbach §. 90 not. f.

widerstehen fähig gewesen wäre, einen Trieb als solchen für unwiderstehlich erklärt und hieraus auf Aufhebung der Freiheit schließt. Diese Argumentation ist eine absolut verkehrte und hebt den Begriff der Freiheit geradezu auf, welche eben nur in der Möglichkeit, die sinnlichen Antriebe, auch die heftigsten, zu überwinden und sie der Vernunft unterzuordnen, besteht. Mit dieser Einsicht ist nun freilich nicht alles Schwierige in der Lehre von den zweifelhaften Seelenzuständen gehoben. Es ist damit nichts darüber entschieden, ob z. B. Pyromanie, Mordmonamanie u. dgl.[1] als wirkliche Seelenstörungen anzuerkennen seien oder nicht. Aber soviel ist doch gewonnen, daß man für die Bejahung dieser Frage alle von der Unwiderstehlichkeit des Triebs hergenommenen Argumente unbedenklich zu verwerfen hat, daß man den Brandstiftungstrieb, Mordtrieb, Stehltrieb, die sogenannten Gelüste der Schwangeren u. dgl., so lange sie eben nur als unüberwindliche Triebe definirt werden, geradezu aus der Reihe der Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit streichen kann. Ob nun freilich die Schwangerschaft mit den daran sich schließenden weiteren Katastrophen, ob die Entwicklungsperioden des menschlichen Organismus, ob Epilepsie u. s. f. als Gelegenheitsursachen wirklicher psychischen Störungen anzuerkennen seien oder nicht, das ist dann eine andre Frage, deren entschiedene Feststellung weiteren anthropologischen Forschungen anheim gegeben werden muß. Aber es ist immerhin schon viel gewonnen, wenn die Wissenschaft wenigstens von jenen

1) Henke Abh. III. S. 223. Meyn in Henkes Zeitschrift Frg. Heft 14. S. 197. Flemming in Horns Arch. 1830. S. 256. Friedreich Handbuch der gerichtl. Psychol. S. 409 ff. Esquirol Note sur la monomanie homicide. Hoffbauer N. Arch. I. S. 602 ff. Vgl. Jarcke Zurechnung in zweifelhaften Gemüthszuständen. Clarus Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzustände. Heinroth Lehrbuch der Störungen des Seelenlebens.

vorgenannten Mißgeburten einer materialistischen Psychologie gereinigt ist. — Wie die Lehre von dem unwiderstehlichen Triebe, so ist auch die von der sogenannten mania sine delirio [1]) schon deshalb zu verwerfen, weil sie mit dem Begriffe der Freiheit geradezu unvereinbar ist. Ein Zustand, der wesentlich darin bestehen soll, daß das Denken durchaus klar und ungestört von Statten gehe, dagegen das Willensvermögen unfrei sei, ist eine logische Unmöglichkeit, wie dies auch von Henke Abh. II. S. 341 ff. ganz richtig geltend gemacht wird. Die Gründe, womit nach Mittermaier a. a. O. die Aufstellung der mania sine delirio als eines eigenthümlichen Aufhebungsgrundes der Zurechnung gestützt werden soll, sind auch in der That keine stichhaltigen. Die Behauptung von Friedreich, daß, obgleich in Bezug auf den ganzen Lebensproceß alle Seelenkräfte in einem innern organischen Zusammenhange stehen, dennoch jede Kraft in ihren eigenthümlichen Verrichtungen bestehe und einer krankhaften Affektion unterworfen seyn könne, während die übrigen in normaler Thätigkeit fortbestehen, trifft deshalb nicht, weil der Wille überhaupt keine Kraft ist, die neben und ausser dem Denken bestände, die, wie Hegel sagt, der Geist in einer andern Tasche hätte, als das Denken, vielmehr Wille und Intelligenz nur Seiten Einer Totalität sind, die nicht ohne einander seyn können. Der Geist selbst kann allerdings sein besseres Wissen in seinem Wollen verläugnen, allein nur eben dadurch, daß er selbst den Trieb zu seinem Bestimmungsgrunde macht, daß er seine Vernunft

1) Groos die Lehre von der mania sine delirio. Friedreich Handbuch der gerichtl. Psychol. S. 542. Chelius de alien volunt. Diez in Schneiders Annalen IV. S. 514. Vgl. Conradi Comm. de mania sine delirio. Esquirol Geisteskrankheiten übers. v. Bernhard. II. S. 52. Die ältere Literatur s. bei Berner a. a. O. S. 92.

niederdrückt und seine Reflexion mit der Sophisterei der Leidenschaft erfüllt. Eben darin ist aber nur er selbst freie Kausalität; daß er dem Triebe folgt, ist lediglich seine Sache. Sobald wir aber setzen, daß ihm die freie Selbstbestimmung entzogen sei, so negiren wir mit dem Wollen auch das Wissen. Denn das Wissen, um welches es sich hier allein handeln kann, ist das Selbstbewußtsein des Geistes als des mit sich indentischen Ichs. Wie könnte aber dieses vorhanden seyn, wo der Inhalt der Willensbestimmung eben keine Bestimmung des mit sich identischen Ichs, sondern die Wirkung einer Naturmacht seyn soll? So wenig ein gedankenloser Wille möglich ist, eben so wenig kann bei aufgehobener Selbstbestimmung eine wirkliche Allgemeinheit des Selbstbewußtseins als vorhanden angenommen werden. Daraus folgt aber, daß, wo letztere wirklich, nicht etwa nur scheinbar vorhanden ist, auch die Thätigkeit als Selbstbestimmung genommen werden muß. Dabei darf dann den Beurtheiler das Gefühl des Zwangs, welches so oft die Verbrecher gehabt haben wollen, nicht irren. „Im Zustande der reinen Freiheit kann es keinen fremden Zwang, mithin auch kein Gefühl des Zwanges geben; in dem Grade aber, wie das Böse seinen bleiernen Scepter auf ein unglückliches Geschöpf niedersenkt und sich seiner bemächtigt, muß natürlich schon ein solcher, der intellektuellen Natur entgegenwirkender, Druck empfindlich werden; umgarnen selbstsüchtige Vorstellungen zum ersten Male einen Sterblichen, so muß er nothwendig diese Anfeindung seiner intellektuellen Freiheit sogleich fühlen, aber seine Willkühr wird dadurch nicht aufgehoben." (Berner a. a. O. S. 73, 74.) Mittermaier selbst beschreibt einen solchen Zustand sehr richtig, wenn er (bei der Polemik gegen die amentia occulta) sagt: „— — oder es liegt der Zustand eines Menschen zum

Grunde, der mit den Vorsätzen des Verbrechens sich allmälig vertraut gemacht hat, in welchem aber der Kampf mit den abmahnenden sittlichen Vorstellungen einen Zwiespalt der Seele erzeugt, in welchem die aufgeregte, mit den verbrecherischen Bildern beschäftigte, Phantasie selbst durch Sinnestäuschungen den Verbrecher neckt (z. B. indem er Stimmen zu hören glaubt), bis endlich die auf das Höchste gesteigerte Begierde durch das rasch verübte Verbrechen sich Luft macht; hier ist kein Grund da, den Verbrecher nicht als zurechnungsfähig zu betrachten, da vielmehr jene Erscheinungen, die man als Zeichen der Geisteskrankheit ansieht, häufig die Beweise des vorhandenen inneren Kampfes und der Ueberlegung sind." Wenn dann ferner Groos [1]) auf Erscheinungen, wie das Erröthen, hinweist, die nicht als Produkte unsrer Wahl' zunächst körperlich wirkend, unsern Willen bestimmen und eine Verwirrung erzeugen, in welcher wir zwar unsrer Handlungen uns bewußt seien, aber dennoch anders handeln, als wir wollen, so ist es ganz richtig, daß solche Erscheinungen unwillkührlich, ja wider Willen eintreten, aber es ist verkehrt, hiebei von einer Handlung zu reden, und, wenn dies geschieht, so zeugt es nur von der häufig bei den medicinischen Schriftstellern vorkommenden Bewußtlosigkeit über das Wesen des Wollens und Handelns. Solche Erscheinungen, wozu allerdings auch sogar das unwillkührliche Denken gehört, stehen, wie Vatke richtig sagt, dem Willen nicht viel näher, als der Blutumlauf und Verdauungsproceß: eben deshalb aber können sie, wo es sich vom Willen handelt, auch nicht als Argument gebraucht werden. Noch weniger ist dies statthaft mit

---

1) Vgl. auch Groos Entw. einer philos. Grundl. für die Lehre von den Geisteskrankheiten. Ders. Skepticismus in der Freiheitslehre.

krankhaften Erscheinungen, wie sie z. B. bei der Wasserscheu vorkommen; denn es versteht sich von selbst, daß das bei den Bethätigungen eines solchen Kranken sich vorfindende Bewußtsein nicht mehr das Bewußtsein des mit sich identischen Ichs ist, sondern eben nur die Empfindung des Verlusts dieses Bewußtseins, das Gefühl der über die intellektuelle Freiheit hereinbrechenden Naturmacht. Wenn daher Mittermaier hier fortfährt: „es war der große Fehler, welcher die Juristen oft irre führte, daß man da, wo Freiheit des Urtheils besteht, und der Handelnde das Bewußtsein dessen, was er thut, und des Gesetzes hat, auch schon die volle Zurechnungsfähigkeit annahm," — so beschuldigt er die Juristen ganz mit Unrecht; im Gegentheil macht er sich selbst, wie es scheint, einer Verwechslung des Bewußtseins überhaupt mit dem Selbstbewußtsein des mit sich identischen Ichs schuldig. Bewußtsein überhaupt kommt auch den Zuständen der Unfreiheit zu, ja selbst Reflexion ist ihnen häufig nicht abzusprechen. Aber ein gesundes, klares Selbstbewußtsein da statuiren, wo es von Handelnden nicht abhängt, so oder anders zu handeln, heißt das Undenkbare als möglich behaupten. Die Parallele, die Mittermaier mit den aus Zwang begangenen Handlungen zieht, ist um so unstatthafter, da sie, ganz abgesehen davon, daß sie nichts beweisen könnte, die große Unrichtigkeit enthält, daß derlei Handlungen die Zurechnung ausschließen, oder gar Unzurechnungsfähigkeit des Handelnden involviren sollen. Ebensowenig trifft, nach dem oben Ausgeführten, die Berufung auf die Pyromanie, mania parturientium u. s. w. Uebrigens macht Mittermaier selbst das Zugeständniß, daß man in dem Momente, wo die Begierde durch den höchsten Grad der Krankheit auf das Höchste gesteigert sei, allerdings das Bewußtsein des Kranken als getrübt

annehmen müsse [1]). Wenn er aber gleichwohl behauptet, daß kein Wahnsinn zu Grunde liege, und daß der Handelnde noch immer das Bewußtsein seiner That überhaupt habe, so liegt hier theils wiederum die zuvor bemerklich gemachte Verwechslung in Beziehung auf das Moment des Bewußtseins zu Grunde, theils erhellt, daß er von verschiedenen Fällen aus argumentirt, nämlich einerseits von solchen, wo eine wirkliche psychische Störung vorlag, die vermeintliche ungestörte Verstandesthätigkeit aber in der That bloßer Schein war, andrerseits von solchen (wohin wir auch den von Mittermaier mitgetheilten unbedenklich zählen), wo kein delirium, aber auch keine mania, vielmehr die Handlung eines durchaus zurechnungsfähigen Subjekts vorlag, welches denn ganz mit Recht sagen konnte: „diejenigen, welche mich für einen Narren hielten, waren größere Narren, als ich." —

Nach Beseitigung dieser irrigen Ansichten scheint nun aber freilich der Streit nur in andrer Form wiederzukehren, sofern die Frage erhoben wird, inwiefern überhaupt das Leben des Geistes dem störenden, ja völlig vernichtenden Einflusse der Naturnothwendigkeit unterworfen sei. Denn es ist ein dem Materialismus nahe liegender Ausweg, dasselbe, was als Wirkung eines unwiderstehlichen Triebs oder einer mania sine delirio zurückgewiesen wurde, nun eben geradezu als Wirkung des Naturlebens wieder einzuführen. Indessen ist schon hiedurch sehr viel, nämlich ein geeigneteres Terrain, gewonnen, auf welchem man mit Thatsachen kommen muß und von bloß willkührlichen Hypothesen keine Wirkung erwarten darf. Mag es denn hier immer noch Zweifel

1) S. auch Note XX. zu Feuerbach §. 90 A. und seine Diss. de alien. mentis. und de princ. imputat.

genug erwecken, wenn Epilepsie, Entwicklungskrankheiten, Schwangerschaft, Gebären, Kindbett, wenn mit dem Heimweh verbundene Krankheitserscheinungen und Andres dergl. so unmittelbar und unbedingt, wie es nicht selten geschieht, als Ursachen der Unfreiheit ausgegeben werden, — so können doch solche Behauptungen sich nicht mehr mit Argumenten schützen, die aus der mißverstandenen Natur des Geistes selbst genommen sind, es muß vielmehr der Beweis wirklicher körperlicher Krankheit geliefert, und der schwerere Beweis einer dadurch wirklich verursachten psychischen Störung wenigstens versucht werden. Hiermit ist aber der Materialismus bereits aus der offensiven Stellung in die defensive zurückgewiesen. Dies ist aber ein Vortheil für die Wissenschaft des Strafrechts, weil nun wenigstens über das Verhältniß des Geistes zum Körper überhaupt feste Principien aufgestellt werden können, die, wenn sie auch nicht die positiv richtige Entscheidung jedes konkreten Falls verbürgen, doch wenigstens eine negative Schranke gegen die unbefugten Eingriffe der Medicin darbieten. Hieran ist es auch genug, und es wäre eine unbegründete Forderung, wenn man die Philosophie auch zu Ersterem verbindlich machen wollte. Diese hat vielmehr der Medicin die Aufgabe zu überlassen, alle diejenigen Krankheitserscheinungen nachzuweisen, welche als Gelegenheitsursachen geistiger Störungen vorkommen, und den Kausalzusammenhang sowohl überhaupt, als im bestimmten Fall darzulegen. Sie hat aber das Recht und darf dieses Recht durch das Organ der Justiz geltend machen, diesen Beweis auch in vollkommener Evidenz zu verlangen, daher sich nicht mit der Behauptung der bloßen Möglichkeit eines solchen Kausalzusammenhangs zu begnügen. Diese Möglichkeit an sich wird von ihr allerdings nicht geläugnet und kann nicht geläugnet wer-

den. Denn sie selbst sieht in der Seele nichts Anderes, als die einfache, sich auf sich zurückbeziehende Allgemeinheit des Körpers, den immanenten Zweck der gesammten einzelnen Organe. Da nun diese Organe den Gesetzen der Natur unterworfen sind, so muß begreiflicher Weise auch ihre immanente Totalität dem Einflusse der Naturnothwendigkeit ausgesetzt seyn, und psychische Störungen können nicht allein von der geistigen Seite ausgehen, sondern auch von somatischen Störungen verursacht werden. Allein diese Möglichkeit muß nun in den betreffenden Fällen als Wirklichkeit und Nothwendigkeit aufgezeigt und ferner darf dabei das allein wahre Verhältniß des Geistes zu seiner Natur nie ausser Augen gesetzt werden. Dies besteht aber weder in einem Dualismus, noch in unmittelbarer Identität, sondern darin, daß der Geist die Identität seiner Natur ist. Darin liegt nämlich ebenso seine Negativität gegen dieselbe, wie daß sie an ihm als Moment, aber als ideelles Moment gesetzt ist. Vermöge dieses Verhältnisses ist der Geist seinem Wesen nach die Macht über seine Natur, sein Begriff ist seine Freiheit von der Natur und ihrer Nothwendigkeit. Wenn er nun gleich diese Freiheit erst in einer in die Zeit fallenden Entwicklung zur Aktualität bringen, und wenn er gleich der schon wirklich gewordenen Freiheit durch die Macht der Natur wieder beraubt werden kann, so ist doch selbst diese Beraubung nicht als eine Vernichtung, sondern nur als eine Wiederherabsetzung der Aktualität zur bloßen Potenz anzusehen, und es ist selbst dies nur als Ausnahme zu betrachten, die streng bewiesen werden muß.

§. 83.

Sofern nun die Aktualisirung der Freiheit einen in die Zeit fallenden Entwicklungsproceß voraussetzt, lassen sich zwei Gründe für das Nichtstattfinden der Zurechnungsfähigkeit an-

geben. Entweder ist nämlich 1) die potentielle Freiheit des Subjekts noch überhaupt nicht zur Wirklichkeit gekommen, oder ist 2) diese Wirklichkeit zwar vorhanden gewesen, aber wieder aufgehoben worden.

§. 84.

ad. 1) sind die Jugend, der Zustand eines ununterrichteten Taubstummen, angeborner Blödsinn, der Zustand eines schuldlos völlig Wilden als einzelne Formen aufzuführen. Was die Jugend betrifft, so ist es nicht richtig, wenn als Grund ihrer Unzurechnungsfähigkeit ihre Unfähigkeit, Recht und Unrecht zu unterscheiden, angegeben wird [1]). Denn hier wird Zurechnungsfähigkeit und Strafbarkeit verwechselt; und nur soviel ist richtig, daß die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit des Menschen in einem viel späteren Zeitpunkte beginnt, als seine formelle Zurechnungsfähigkeit überhaupt [2]). Letztere nämlich ist vorhanden, sobald der Mensch wirklich zu denken beginnt und hiermit selbst Princip seiner Handlungen wird, was schon in früher Jugend stattfindet, nicht als ein Plötzlich-hervortretendes, sondern als allmälige Entwicklung. Allein diese Zurechnungsfähigkeit hat für das Strafrecht keine Bedeutung, weil die Strafe, wie unten näher zu zeigen ist, den entwickelten Menschen voraussetzt, der das Bewußtsein der Schuld in seiner ganzen Fülle zu haben fähig ist. Gleichwohl setzt auch die erziehende Strafgerechtigkeit, welche es mit den Vergehen der Jugend zu thun hat, Zurechnungsfähigkeit überhaupt voraus. Mithin ist hier nur die frühste Jugend gemeint, in welcher der Mensch überall noch als reines Naturwesen thätig ist. Die näheren Bestimmungen dagegen über

1) Kitka N. Archiv. 1834. S. 117 ff. vergl. Rossi Traité II. S. 147 ff. Friedreich Handb. S. 363. Carmignani delle leggi, II. S. 157. Grolman Bibl. I. S. 40 ff.

2) Heffter §. 51. vergl. auch Mittermaier N. Arch. 1841. S. 155 ff. Schulze Psychische Anthropologie. S. 479.

den Anfangspunkt der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit des Menschen können erst an einer späteren Stelle erfolgen. Eben dasselbe ist auch hinsichtlich der andern Formen, besonders auch der Taubstummheit [1]) zu bemerken, die nur bei völligem Mangel an Unterricht als absoluter Grund der Zurechnungsfähigkeit gelten kann.

§. 85.

ad. 2) können Zustände unterschieden werden, welche vorübergehend die Zurechnungsfähigkeit aufheben, von solchen, welche sie permanent aufheben. Zu den ersten sind zu rechnen der höchste Grad des Affekts, die Trunkenheit, die Schlaftrunkenheit mit den ihr verwandten Zuständen, und der furor transitorius. Zu den letzten dagegen Blödsinn, Verrücktheit und Manie. Absolute Aufhebungsgründe sind jedoch nur der furor transitorius und die Manie. Die Affekte dagegen, wie die Trunk- und Schlafzustände, sind es nur relativ, sofern sie nur in gewissen Graden und auch dann nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht selbst wieder durch die Freiheit gesetzt sind, die Zurechnungsfähigkeit aufheben. Ebenso lassen Blödsinn und Verrücktheit immer noch die Möglichkeit der formellen Zurechnung übrig, wenn gleich von der kriminalistischen nicht die Rede seyn kann [2]).

Anm. — Der hier zuletzt statuirte Unterschied würde freilich hinwegfallen, wenn die Ansicht Heinroths richtig wäre, wornach auch die wirklichen Geisteskrankheiten als schuldvolle, mithin auf die Freiheit als Princip zurückführende, anzusehen seyn sollen. Da indessen diese Schuld von Heinroth selbst nicht als eine rechtliche, sondern als eine Sündenschuld bezeichnet wird, so kann von dieser

---

1) Friedreich Handb. S. 658. Kitka Zeitschr. f. östr. Rechtsgel. 1839. S. 146. Carmignani II. S. 181.

2) Berner a. a. O. S. 115 — 173.

Ansicht hier unbedenklich Umgang genommen werden. — Der Affekt[1]) hat mit den Trunk- und Schlafzuständen den Charakter der bloßen Relativität in dem oben angegebenen Sinne gemein. Denn einmal gehört er überall nur dann hierher, wenn er seinen Gipfelpunkt erreicht, wo er völlige Bewußtlosigkeit mit sich führt, — eine Wirkung, die nur gewissen Affekten, besonders dem Zorne, und auch diesen nur in ausserordentlichen Fällen zukommt; — und dann gehört der Affekt ganz besonders zu denjenigen Zuständen der Unfreiheit, welche mittelbar wieder ihr Princip in der Freiheit haben können; ja, man wird bei ihm sagen dürfen: haben müssen. Denn, wie sehr man auch die Seite der Unwillkührlichkeit am Affekte premiren mag, und so gern man zugeben kann, daß er ein Subjekt völlig ausser sich zu bringen vermöge, so muß doch andrerseits darauf bestanden werden, daß in der gesunden Vernunft das Gegengift gegen solche Wirkung liege und deshalb in dem Hingerissenwerden immer ein sich Hinreissenlassen enthalten sei. Es wird daher auch beim höchsten Grade des Affekts zwar der dolus, nicht aber die culpa wegfallen; und ebendeshalb würde der Affekt aus der Reihe der Gründe der Zurechnungsunfähigkeit ganz gestrichen werden müssen, wenn es nicht Fälle (die des sog. gerechten Affekts) gäbe, in welchen durch den Veranlassungsgrund des Affekts das kulpose Moment desselben absorbirt wird. — Wenn hiermit der Affekt den absoluten Aufhebungsgründen am fernsten zu

---

1) s. Henke Abh. II. S. 302. Rossi II. S. 194. Hellie Théorie du code pénal. II. S. 229. Elvers prakt. Arbeiten S. 245. Kitka östr. Zeitschr. 1839. S. 153. Kant Anthropologie §. 64. Schulze Psychische Anthropologie. S. 360 ff. A. Henke Lehrb. §. 274. Friedreich Handb. S. 826 ff.

stehen kommt, so stehen diesen die Schlafzustände[1]) am nächsten. Denn, wenn allerdings die Vernunft ein Präservativ gegen den Affekt ist, das man haben kann, wenn man es nur haben will, so ist sie es nicht ebenso gegen den Schlaf und die damit zusammenhängenden Trübungen des Bewußtseins. Nur vom Zustande des Nachtwandelns, sofern derselbe die Natur hat, periodisch einzutreten, läßt sich sagen, daß die darin begangenen Thaten mittelbar auf culpa zurückgeführt werden können, — wenn nämlich das Subjekt seinen Zustand gekannt und die pflichtgemäßen Vorkehrungen im wachen Zustande unterlassen hat. Dagegen wird das, was in der Schlaftrunkenheit oder im Traum begangen wird, niemals auch nur mittelbar auf Selbstbestimmung reducirt und daher diese Zustände mit dem furor transitorius[2]) in eine Linie gestellt werden können. Der Affekt ist eine höchst intensive Steigerung des wachen Lebens, dessen Grundlage das Selbstbewußtsein ist; der Schlaf dagegen ist der Bruder des Todes, er macht das Selbstbewußtsein und das Wissen von der Aussenwelt aufhören, er versenkt den Geist in das substantielle Naturleben zurück. — In der Mitte zwischen dem Affekt und den Schlafzuständen stehen sodann die Trunkzustände[3]). Die Trunkenheit mit den Graden, die

1) J. C. Meisters Urtheile und Gutachten. Nro. 1. Heinroth Lehrb. II. S. 268. Friedreich Handb. S. 805. 809. Hellie Théorie II. S. 230. A. Henke Lehrb. §. 279. §. 281. Schulze Psych. Anthropol. S. 485. 595 ff. Mende Hdbch. der gerichtl. Medicin IV. S. 270. Weber Psychische Anthropologie §. 203.

2) Henke Abh. V. S. 161. Friedreich Handb. S. 591.

3) Heinroth Lehrbuch der Seelenstörungen II. S. 272. Mittermaier N. Arch. XII. S. 1 — 52. und die dort Angef. besonders Rossi Traité du droit pénal II. p. 188. Carmignani II. S. 284. Friedreich Handb. S. 726. Niccolini Quist. di diritto I. S.

sich bei ihr unterscheiden lassen, ist dem Affekte ähnlich, sofern das darin Begangene sich gleichfalls wieder mittelbar auf die Freiheit, sei es nun dolus oder culpa, reduciren läßt, dies darum, weil sich zu betrinken, keine unwillkührliche Sache ist; dagegen tritt gegenüber dem Affekte der Unterschied ein, daß bei der Trunkenheit der Anfangspunkt der Zurechnungsunfähigkeit nicht erst mit dem eintretenden Stadium der Bewußtlosigkeit, d. h. mit dem Schlaf, zu setzen ist, sondern schon dann, wenn zwar noch Bewußtsein vorhanden, aber der innere Zusammenhang desselben aufgehoben ist, dies darum, weil bei der Trunkenheit Natursachen wirksam werden, die im bestimmten Fall die Gegenwirkung der Vernunft ausschließen und daher mit ihrem Eintreten das Subjekt in die Unmöglichkeit versetzen, den Verlust des Bewußtseins aufzuhalten. Wie daher die Trunkenheit im Anfange ihres Verlaufs dem Affekt sich zuneigt, so neigt sie sich mit der andern Hälfte dem Schlafe zu. Allein von diesem unterscheidet sie sich wieder dadurch, daß die durch sie herbeigeführte Zurechnungsunfähigkeit niemals für eine absolute gelten kann. Was sodann die von Clarus[1]) ausgehobenen Arten der Trunkfälligkeit betrifft, so darf man wohl die inhumanitas, wie die dipsomania ebriosa, als Gründe der Zurechnungsunfähigkeit nicht gelten lassen, da nicht nachgewiesen werden kann, daß bei den betreffenden Subjekten das Selbstbewußtsein und das Bewußtsein der Aussenwelt fehle, und eben sowenig, daß ihre Thätigkeit eine durch Naturnothwendigkeit bestimmte sei[2]). Auch

---

250 ff. Elvers prakt. Arbeiten. S. 345. Weber Psych. Anthrop. S. 449 ff. Hoffbauer Psychologie. §. 190 ff. Brühl-Cramer über die Trunksucht.

1) Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzustände. S. 118 ff.

2) A. M. Friedreich S. 780.

hinsichtlich der hallucinatio[1]) bemerkt Clarus mit vollkommenem Rechte: daß Sinnesirrthümer, Sinnestäuschungen und Sinnenwahn, sie mögen nun infolge des Mißbrauchs starker Getränke, oder aus irgend einer andern Ursache entstanden seyn, in der Zurechnungsfähigkeit im Allgemeinen gar nichts verändern, weil die Seele durch diese einzelnen irrigen Wahrnehmungen und von Aussen ihr vorgespiegelten Bilder in ihrem Vermögen, alle übrigen Vorstellungen in sich aufzunehmen und wirksam zu machen, mithin nach Maßgabe derselben vernünftig zu urtheilen, durchaus nicht gehindert wird[2]). Dagegen muß man allerdings zugeben, daß durch die sog. vesania ebriosa, wie sie Clarus als letztes Stadium der Trunkfälligkeit schildert, sowie durch das delirium tremens die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, wie denn ja diese Zustände nicht mehr bloß den Uebergang zu den wirklichen Geisteskrankheiten bilden, sondern solche schon selbst sind. — Daß nun durch diese[3]), welche oben nach Rosenkranz klassificirt sind, die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, braucht nicht weiter demonstrirt zu werden, daher es an einigen Bemerkungen über einzelne Punkte

---

1) Vgl. Hagen die Sinnestäuschungen in Bez. auf Psychologie. Esquirol des illusions chez les aliénés. Clarus a. a. O. S. 134 ff.

2) Vgl. Jarke die Lehre von der Aufhebung der Zurechnung durch unfreie Gemüthszustände S. 81 ff.

3) Literatur in Feuerbachs Lehrb. 13te Ausg. §. 90. n. g. §. 90 a. n. dd. Darunter besonders Hoffbauer Unters. über d. Krankh. d. Seele. Heinroth Lehrb. der Störungen des Seelenlebens. Neumann die Krankheiten des Vorstellungsvermögens. Clarus die Zurechnungsfähigkeit des Mörders Woyzek. Jarke, Gros, Friedreich a. a. O. Esquirol Allg. u. spec. Pathologie übers. v. Hille. Friedreich Darstellung der Theorien über das Wesen psych. Krankheiten. Visini u. Kitka a. a. O.

genügen mag. Der Blödsinn gehört, sofern er als angeborner Blödsinn vorkommt, nicht hierher, sondern, gleich dem Zustand eines ununterrichteten Taubstummen, unter die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit wegen noch nicht entwickelter Freiheit. Es gilt in dieser Beziehung von ihm, was oben von der Jugend angegeben wurde, daß Zurechnungsfähigkeit bei ihm möglich ist, aber keine für das Strafrecht praktische. Er kann aber auch erst später entstanden seyn, und in dieser Form gehört er hierher. Daß es auch einen partiellen Wahnsinn [1]) gebe, ist als unzweifelhaft zu betrachten, ebenso, daß bei totalem Wahnsinn lichte Zwischenräume vorkommen [2]); hierbei kann nun aber kein Zweifel seyn, daß Handlungen in solchen lichten Zwischenräumen, sowie Handlungen eines partiell Verrückten, die nicht im Kausal-Zusammenhang mit seiner Narrheit stehen, durchaus nicht als unzurechenbar betrachtet werden dürfen [3]). Aber freilich wird theils in solchen Fällen die Beweisfrage schwierig und hierin die größte Vorsicht nothwendig seyn, theils wird sich wiederum wegen Unanwendbarkeit des vollen Begriffs der Schuld eine kriminelle Strafe nicht rechtfertigen, daher auch hier die Zurechnungsfähigkeit überhaupt von der kriminalistischen unterschieden werden muß [4]).

2. Aufhebung der Zurechnung wegen Mangels am Thatmoment.

§. 86.

Da der Begriff der Zurechnung in der Rechtssphäre auf dem Begriffe der Handlung beruht, so setzt er wesentlich das

1) Friedreich Handb. S. 556. N. Arch. XIV. S. 271.

2) Ders. N. Arch. a. a. O.

3) Jarke a. a. O.

4) Friedreich Handbuch S. 599 Mittermaier in der 13. Ausg. von Feuerbach. §. 90. a.

Thatmoment voraus, und muß daher hinwegfallen, wo es an diesem Momente fehlt. Hierin liegt nun ein wesentlicher Unterschied der rechtlichen Zurechnung von der moralischen, die auch das bloß Gewollte, Innerliche zu ihrem Gegenstande hat. (Berner, a. a. O. S. 66. 67.)

3. Aufhebung der Zurechnung wegen mangelnder Vermittlung zwischen Willen und That.

§. 87.

Es kann Wissen und Wollen vorhanden seyn und ein Thatmoment vorliegen; gleichwohl aber die Zurechnung unmöglich seyn, weil es an der Vermittlung zwischen Willen und That gebricht. Als Aufhebungsgründe dieser Vermittlung aber ergeben sich 1) äußere Gewalt, 2) Irrthum, 3) Zufall.

§. 88.

1) Ein rechtsverletzender Erfolg kann dem Subjekt nicht zugerechnet werden, wenn er eine demselben schlechthin äußere, fremde Kausalität hat, zu welcher sich der Mensch auf keine Weise als sich selbst bestimmendes Subjekt, sondern nur als unselbständiges Mittel verhält. Dies ist der Fall, wenn die Gewalt der Natur, die Leiblichkeit des Menschen bezwingend, ihn als bloßes Naturobjekt wirken läßt, sei es nun mittelst mechanischer, oder mittelst organischer Kräfte, ebenso wenn dieselbe Art von äußerlich zwingender Bestimmung von einer fremden Subjektivität ausgeht, zu welcher sich das fragliche Subjekt als selbstloses Werkzeug verhält.

Anm. Die vis major naturae wird von Berner a. a. O. S. 53 ff. ohne Grund unter die Rubrik des Zufalls gestellt, indem er unmittelbaren Zufall und Zufall in den Folgen unterscheidet. Im Resultate macht dies nun zwar keinen Unterschied; aber richtiger scheint es, nur die letztere Art von willenlosem Geschehen unter

den Zufall zu stellen, woraus sich dann eine richtigere Gliederung der in diese Sphäre gehörigen Aufhebungsgründe der Zurechnung ergiebt. Bei der Gewalt fehlt es nämlich an der Vermittlung des Thatmoments mit dem Willen, beim Irrthum an der Vermittlung mit dem Wissen, während beim Zufall die Vermittlung mit beiden zugleich aufgehoben ist. Ueberdies ist gar kein Grund da, zwischen der Naturgewalt und der von einem fremden Willen ausgehenden Gewalt zu unterscheiden, sofern durch beiderlei Arten von Gewalt zwingend auf die Leiblichkeit eines Menschen eingewirkt und diese dadurch zu einer selbstlosen Thätigkeit bestimmt wird. In beiden Fällen ist dieses Subjekt, um dessen Thun es sich eben handelt, zum bloßen Mittel und Werkzeug einer ihm fremden und äußerlichen Kausalität herabgesetzt und deshalb wird ihm in beiden Fällen sein Thun, als auf keine Weise aus Selbstbestimmung hervorgegangenes, nicht zugerechnet. Hievon abgesehen, ist es treffend, wenn Berner bei der Naturgewalt weiterhin die Kräfte unterscheidet, durch welche sie wirksam werden kann, und bei Gelegenheit der organischen Kräfte insbesondere an die Thätigkeit der mit der Wasserscheu Behafteten erinnert, welche allerdings hierher gehört. In der von einer fremden Subjektivität ausgehenden Gewalt liegt übrigens allerdings, wie Michelet [1]) richtig zeigt, der Uebergang zum Irrthum. — Die Möglichkeit eines psychischen Zwangs [2]), wodurch die „innere Willkühr" aufgehoben werden soll (unerträgliche Körper- oder Seelen-Qualen, Drohungen, Nothstand) muß verworfen werden.

1) System der Moral. S. 23.

2) Bauer, Abh. I. S. 258. Feuerbach, §. 91 und Mittermaier in den Noten dazu.

§. 89.

2) Kann dem Subjekt der rechtsverletzende Erfolg seines Thuns nicht zugerechnet werden, wenn zwar Wille und That in Vermittlung waren, dagegen die Vermittlung der That mit dem Wissen fehlte. Das Princip des Handelns liegt hier zwar nicht, wie im vorigen Falle, außerhalb des Subjekts, sondern es liegt in ihm selbst; aber es liegt nur formell in ihm, nur in seinem Wissen, welches im Gegensatz zu seinem Willen, und zwar in einem durch die Objektivität determinirten Gegensatze sich befindet. Hiemit ist schon ausgesprochen, a) daß hier nur von dem Wissen um die äußern Umstände der Handlung die Rede sein könne; denn nur ein Irrthum in Thatsachen kann seine Kausalität in der Objektivität haben, weil die empirische Kenntniß der objektiven Außenwelt allerdings nicht mit dem Wesen des Geistes identisch und eben darum zufällig ist, während es mit dem sogenannten Rechtsirrthum, worüber unten, ganz anders sich verhält; b) daß es sich hier nur von einem unvermeidlichen Irrthum handeln kann, weil nur von einem solchen sich sagen läßt, daß hier das Wissen des Subjekts durch die Objektivität determinirt, durch die ursprüngliche Fremdheit der Objekte als ein irriges gesetzt worden sei.

Anm. — „Weil das bestimmende Princip des freien Handelns das Wissen oder jenes nichts als das zur Objektivität sich bestimmende Wissen selbst, dieses Wissen aber im gegebenen Falle ein von außen in das Objekt nothwendig sich reflektirender Schein ist, so beruht die That formell zwar auf dem Willen des Subjekts, aber dieses ist ein bloßer Scheinwille und jene hat in Wahrheit ihr Princip außer der Subjektivität, nämlich im objektiven Scheine, und ist unzurechenbar.“ Wirth.

I. S. 131. [1]) — Ueber den Rechtsirrthum [2]) wäre man ohne Zweifel sich klarer geworden, als es häufig der Fall ist, wenn man ihn, wie es sich gehört, aus der Lehre von der formellen Zurechnung entfernt und an der rechten Stelle abgehandelt hätte. — Wie die Gewalt, so ist übrigens auch der Irrthum nur relativ Aufhebungsgrund der Zurechnung, da es die Schuld des Subjekts selbst seyn kann, sich in die Lage versetzt zu haben, worin er entweder als Mittel einer fremden Kausalität oder in Folge des in sein Wissen reflektirten Scheins eine Rechtsverletzung hervorbrachte. — Endlich ist noch zu bemerken, daß natürlich der Irrthum das Prädikat der Freiwilligkeit nur insoweit an der Handlung auslöscht, als sie durch die falsche Voraussetzung bedingt ist; ein Satz, von dem übrigens bei Berner a. a. O. S. 64 ff. theilweise unrichtige Anwendungen gemacht sind. Näheres darüber unten §. 109.

§. 90.

3) Bei der Gewalt ist nicht die Vermittlung zwischen Wissen und Thun, wohl aber zwischen Willen und Thun unmittelbar aufgehoben. Beim Irrthum ist der Wille formell identisch mit dem Thun, aber es fehlt an der Vermittlung des Thatmoments mit dem Wissen. Beides nun, Wissen und Wollen, in Gegensatz zu dem Thatmoment gesetzt, dieser Gegensatz hiemit zum bewußten Widerspruch gesteigert, stellt sich im Zufall dar. Hiernach ist auch die durch äußere Gewalt, wie die durch Irrthum determinirte Thätigkeit des Subjekts für dieses selbst, d. h. indem es den in seinem Thun liegenden Bruch der Subjektivität und der Objektivität sich zum Bewußtsein bringt, Zufall. Denn das Thatmoment, der Erfolg, angesehen als ein gegen die Subjektivität Anderes,

1) Mittermaier, Note 1. zu Feuerbach. §. 57,

2) Derselbe, a. a. O. Note 2.

es sei nun mit dem formalen Willen noch identisch oder nicht, erscheint als das Zufällige gegen das Subjekt, als zufälliger Erfolg, d. h. als eine Wirkung, die zwar in objektivem, nicht aber in subjektivem Zusammenhang mit dem Subjekte steht. Allein der Bruch zwischen Subjektivität und Objektivität bleibt nicht bloß dieser einfache, unmittelbare. Vielmehr liegt es in der Natur der endlichen Handlung, in welcher sich das Subjekt dem objektiven Weltzusammenhange preisgiebt, daß der Zufall sich in's Unbestimmte fortsetzen, d. h. daß auch an ein mit Wollen und Wissen vermitteltes Thun zufällige Folgen sich anknüpfen können, sofern zu dem subjektiven Willen weitere Ursachen im äußern Weltzusammenhange hinzutreten, welche seinem Wissen fremd blieben und fremd bleiben mußten. Dieser Zufall in den Folgen, welcher als Zufall im e. S. herausgehoben werden kann, vereinigt somit in sich das Moment der Gewalt und das des Irrthums, sofern hier eine fremde Kausalität wirkt, von welcher vorausgesetzt wird, daß sie sich im Wissen des handelnden Subjekts nicht reflektirt habe und nicht habe reflektiren können. Sofern eine solche zufällige Folge sich an eine wirkliche Handlung hängt, stellt sie den objektiv, wie subjektiv existirenden vollständigen Widerspruch zwischen der Objektivität und Subjektivität dar.

Anm. 1) — Aus dem Begriffe des Zufalls folgt von selbst, daß eine, obwohl zufällige, Folge der Handlung wie der Vorsatz selber angesehen werden muß, wenn die Handlung in der Hoffnung vollbracht wird, daß jenes Ereigniß daraus folgen werde; denn in diesem Falle ist es ja vor dem Handeln im Subjekt gesetzt gewesen. (Michelet, a. a. O. S. 52. Oersted, Grundregeln §. 36.).

2) Hier, beim Schlusse der Lehre von der Aufhebung der Zurechnung, mag zugestanden werden, daß die Kriminalisten sehr häufig im Ausdrucke nicht die gehörige

Genauigkeit beobachten, wodurch allerdings Verwirrung entstehen kann. Allein gleichwohl haben sie die schon mehr berührten Vorwürfe, die ihnen Luden macht, nicht verdient, und es ist vielmehr zu behaupten, daß seine eigenen Behauptungen in dieser Materie keineswegs dazu dienen, sie im begriffsgemäßen Lichte erscheinen zu lassen. — Er wirft namentlich Feuerbach vor, daß seine Lehre von der Zurechnung an argen Widersprüchen und Inkonsequenzen leide. Feuerbach behauptet nämlich §. 84: die Anwendung des Strafgesetzes sei bedingt durch das Dasein eines gesetzwidrigen Willens, auf welchen die objektiv strafbare That durch die Zurechnung bezogen werde; der äußere und innere Zustand einer Person aber, vermöge welches ihr eine That zugerechnet werden könne, sei die Zurechnungsfähigkeit. Im §. 88 fährt er dann fort: der Zustand einer Person, in welchem für dieselbe die Möglichkeit aufgehoben gewesen, entweder überhaupt nach Willkühr zu handeln oder ihre Willkühr den Strafgesetzen gemäß zu bestimmen, schließe die Strafbarkeit nur unter der Voraussetzung aus, daß nicht nur 1) die Möglichkeit eines gesetzwidrigen Willens aufgehoben war in unmittelbarer Beziehung auf die rechtswidrige That, d. h. bei und während ihrer Begehung, sondern auch 2) daß dem die unmittelbare Zurechnung ausschließenden Zustande nicht selbst ein gesetzwidriger Wille, Dolus oder Culpa zu Grunde liege. [1]) — An dieser Darstellung kann mit Recht ausgesetzt werden, daß der Ausdruck Zurechnungsfähigkeit, der nur für die subjektiven Gründe der Aufhebung der Zurechnung paßt, verallgemeinert und für alle, auch die objektiven Aufhebungsgründe genommen ist, so daß der

1) Vgl. über diese sog. actiones liberae in causa Grolman §. 51. n. 6. Oersted, Grundregeln, §. 38. Feuerbach, Kritik des Kleinschrod'schen Entw. II. S. 80 ff.

falsche Schein entsteht, als ob ein Mensch, der durch äußere Gewalt oder Irrthum zu einem rechtsverletzenden Thun bestimmt wird, zurechnungsunfähig wäre. Wenn Luden dies tadelt, so hat er vollkommen Recht. Aber er geht weiter, und wird gegen Feuerbach ungerecht. Er findet nämlich einen Widerspruch zwischen den beiden angef. §§. „Entweder," sagt er, „ist der Zustand der Zurechnungsfähigkeit zur Strafbarkeit schlechterdings erforderlich: und alsdann kann nichts darauf ankommen, auf welche Weise Jemand in unzurechnungsfähigen Zustand gerathen, ob mit oder ohne eigene Verschuldung. Oder das Eintreten oder Nichteintreten der Strafbarkeit ist davon abhängig, ob Jemand selbst Schuld daran habe oder nicht, daß er sich in unzurechnungsfähigem Zustande befindet: und alsdann darf man den Zustand der Zurechnungsfähigkeit nicht als absolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufstellen." Abh. II. S. 209. Die Einwendung trifft nicht, weil Feuerbach keineswegs die Zurechnungsfähigkeit als absolutes Erforderniß der Strafbarkeit läugnet, sondern nur behauptet, daß der gegentheilige Zustand nicht absoluter, sondern nur relativer Strafaufhebungsgrund sei. Er hat auch damit ganz Recht; und das von Luden aufgestellte Dilemma ist falsch. Denn daraus, daß überall nur ein Zurechnungsfähiger gestraft werden kann, folgt nur, daß ein Zurechnungsunfähiger straflos bleiben muß, keineswegs aber folgt daraus, daß jeder Grund der Zurechnungsunfähigkeit dies auf absolute Weise sei; vielmehr, wenn es bloß relative Gründe der Zurechnungsunfähigkeit giebt, und es zeigt sich im konkreten Fall, daß die Zurechnungsunfähigkeit keine absolute ist, so ist ja eben damit bewiesen, daß das Subjekt zurechnungsfähig ist, und es wird mithin dem ersteren Grundsatze auf keine Weise etwas abgebrochen. Eben so wenig folgt daraus, daß die Entscheidung, ob ein Grund

der Zurechnungsunfähigkeit absolut oder nur relativ gewirkt habe, von der Schuld des Subjekts abhängig gemacht wird, im Mindesten, daß man den Zustand der Zurechnungsfähigkeit nicht als absolutes Erforderniß der Strafbarkeit aufstellen dürfte; denn in dem Falle, wo das Subjekt selbst durch seine Schuld den gegentheiligen Zustand herbeigeführt hat, wird ja eben vorausgesetzt, daß das Subjekt in Wahrheit nicht als zurechnungsunfähig, sondern als zurechnungsfähig zu betrachten, oder — um eine von Luden sonst beliebte Unterscheidung zu gebrauchen — daß die faktische Zurechnungsunfähigkeit juristisch als Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei. Zu den ungeeigneten Ausdrücken, deren sich Feuerbach hier bedient, gehört freilich ganz besonders der Ausdruck Zustand. Denn dieser drückt Passivität aus, während es sich bei der ganzen Frage wesentlich um die Aktivität handelt, daher es denn allerdings sonderbar klingt, von einem Zustand der Passivität zu reden, der mittelbar als Aktivität betrachtet werden soll. Allein gerade den Ausdruck Zustand findet Luden so wenig anstößig, daß er vielmehr diesen zur Grundlage seiner eigenen Ansicht macht. Ihm ist nämlich die Zurechnungsfähigkeit überhaupt ein Zustand, in welchem das Subjekt sich entweder befindet oder nicht befindet; ein Zustand, dessen Begriff ihm von dem Begriffe der Handlung ganz und gar unabhängig ist. Allein eben hiedurch wird eine Verwirrung in die Begriffe gebracht [1]), während bei Feuerbach nur eine Verwirrung in den Ausdrücken vorhanden ist. Denn Luden selbst versteht unter Zurechnungsfähigkeit ganz richtig die Bedingung, unter

---

1) Vgl. Stübel Thatbestand §. 112. Dagegen Bauer Abhandl. I. S. 227 und die dort Angef.

welcher einem Subjekt Schuld zugeschrieben werden kann. Indem er aber aus dem Begriff der Handlung ausdrücklich das Moment der Zurechnungsfähigkeit des Subjekts ausschließt, so statuirt er, daß auch ein unzurechnungsfähiges Subjekt handeln, und zwar mit dolus und culpa handeln könne. Da nun aber dolus und culpa nichts anderes als die Arten der Schuld sind, so statuirt er die Möglichkeit einer Schuld, die doch auch wieder nicht Schuld sein soll. Will er diesen Widerspruch vermeiden, so muß er offenbar unter Schuld etwas Weiteres verstehen, das zu dem dolosen oder kulposen Handeln erst noch hinzu kommen muß, um dasselbe strafbar zu machen. Fragt man dann, was wohl dieses Weitere seyn werde, so wird die Antwort seyn: die Freiheit dieses Handelns. So richtig dies nun im Resultat ist, so falsch ist es doch, unter der Voraussetzung der Unfreiheit überhaupt von Willen und Handlung, und vollends von dolus und culpa zu reden, wobei man sich in der That gar nichts denken kann. Es ist damit aus dem Begriffe der Handlung die Seele hinweggenommen und ihr organisches Leben zum mechanischen Räderwerk gemacht, das eben dadurch die Unwahrheit selbst wird. Eben eine ganz mechanische Betrachtungsweise ist es denn auch, die Freiheit und Unfreiheit für Zustände anzusehen, d. h. den Menschen als ein Natursein zu betrachten, während sein Seyn doch nur seine Aktivität, nur das ist, wozu er selbst sich macht. Davon ist es die natürliche Folge, wenn nur entweder Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit angenommen und das mittlere Dritte, die relative Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen wird. Gerade dies macht die Ansicht praktisch bedenklich. Die Unzurechnungsfähigkeit wird als reiner Zustand genommen, bei dem dann weiter

von Schuld gar keine Frage seyn soll. Offenbar ist hiemit dem Materialismus der Aerzte Thür und Thor geöffnet. Dies erscheint aber um so sonderbarer, als Ludens Bestreben erklärtermaßen vielmehr dahin geht, die Beurtheilung der Fälle, in welchen die Zurechnung nicht wegen wahrer Seelenstörungen ausgeschlossen ist, möglichst den Aerzten zu entziehen. Zu diesem Behufe brauchte es aber seiner Neuerungen in der Imputationslehre so wenig, daß vielmehr von diesen gerade der umgekehrte Effekt zu erwarten wäre. Allein dieselben sind auch völlig unnöthig, wie denn ja Luden selbst S. 210, 211 zugiebt, daß er im rechtlichen Resultate nicht von den getadelten Schriftstellern abweiche. Luden substituirt dem Ausdruck: Aufhebungsgrund der Zurechnung die Ausdrücke: Gründe, welche die Handlung, — Gründe, welche den verbrecherischen Willen ausschließen. Nach allem bisher Ausgeführten ist dies nun wesentlich gar nichts Neues; und nur die Worte sind andere. Denn auch Luden will von keiner Zurechnung wissen, wenn es an der Handlung, z. B. wegen vis absoluta fehlt, oder wenn kein verbrecherischer Wille angenommen werden kann. Wenn er also diese Gründe ausserhalb der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit rubricirt und nun noch speciell von Gründen der Unzurechnungsfähigkeit spricht, so begeht er insoweit nur den Fehler, das Zusammengehörige auseinanderzureißen, wobei sich dann das sonderbare Problem ergiebt, den Unterschied zwischen den Gründen, welche die Zurechnungsfähigkeit und denjenigen, welche den verbrecherischen Willen ausschließen, aufzufinden. Allein die Unnatürlichkeit einer solchen Auffassungsweise muß freilich auch in den einzelnen Behauptungen ihre nachtheiligen Folgen äussern, und hieran fehlt es denn auch bei Luden keineswegs. Zwar, was

die äussere Gewalt betrifft, so läuft die ganze Polemik auf leeren Wortstreit hinaus. Denn, wenn Feuerbach die Gewalt als Grund der Zurechnungsunfähigkeit aufführt, dabei aber die Einschränkung macht, daß diese unverschuldet seyn müsse, so sagt er damit nichts anderes, als: äussere Gewalt sei nur ein relativer Grund der Aufhebung der Zurechnung, d. h. sie sei es nur dann, wenn die Gewalt absolut gewirkt, wenn ihre Wirksamkeit nicht wieder mittelbar im Willen, in der Schuld des Subjekts ihr Princip gehabt habe, in welchem Falle das Thun des Menschen nicht als selbstloses Thun, sondern als Handlung anzusehen sei. Ist es aber etwa etwas Anderes, wenn Luden (allerdings vollkommen richtig) sagt: „in Wahrheit kann von absoluter Gewalt gar nicht die Rede seyn, wenn Jemand durch eigene Verschuldung in einen Zustand gerathen war, in welchem die verbrecherische Erscheinung von ihm hervorgebracht werden mußte; denn es geschieht eben alsdann nicht durch äussere Gewalt, sondern durch seine eigene Handlung, daß die verbrecherische Erscheinung hervorgebracht wurde.“? — Zwei Seiten vorher wird aber gegen Feuerbach und Heffter deshalb polemisirt, weil sie eine in der Trunkenheit begangene Rechtsverletzung wegen Selbstverschuldung des unfreien Zustandes für strafbar erklären. Ist nun darin irgend eine Konsequenz? Im einen Fall ist die Thätigkeit durch äusserlich, im andern Fall durch innerlich wirkende Naturgewalt bestimmt. Nimmt man nun im einen Fall die Strafbarkeit wegen Selbstverschuldung des Zustandes an, warum denn nicht auch im andern? Im Handbuche S. 284 not. 6 ist gesagt: „wenn die bis zur Bewußtlosigkeit gehende Trunkenheit eine verschuldete ist, so könnte die Trunkenheit nur als selbstständiges Verbrechen

in Betracht kommen, welches aber alsdann in gleichem Maße vorhanden seyn würde, auch wenn gar keine rechtswidrigen Erfolge in derselben hervorgebracht worden wären." Allein diese Argumentation würde ja eben sowohl die zuvor angeführte Behauptung hinsichtlich der durch äussere Gewalt vermittelten rechtsverletzenden Thätigkeit treffen. Denn hier könnte man mit demselben Rechte einwerfen: Wenn Jemand strafbar seyn soll, weil er selbst daran Schuld hat, daß er bei einem Verbrechen zum Werkzeuge diente, so würde nur das Sich in jenen Zustand versetzen das Strafbare, und zwar müßte es dies auch dann seyn, wenn durch die Einwirkung äusserer Gewalt in der That kein rechtsverletzender Erfolg hervorgebracht worden wäre. Um also bei dem Beispiele der Karolina stehen zu bleiben, welches Luden anführt: der Barbier, der einen Menschen, statt in seiner Stube, auf der Gasse bedient, müßte strafbar seyn eben nur wegen der Wahl dieser Lokalität, und zwar auf die gleiche Weise, ob er nun, gestoßen von einem Vorübereilenden, seinem Kunden den Hals abschneidet, oder ob er ihn unversehrt aus seinen Händen entläßt. Läßt man aber in diesem Falle eine solche Konsequenz als eine absurde nicht gelten, so darf man sie auch in dem andern nicht vorbringen, wo die Bedingungen ganz dieselben sind, nur daß es sich statt einer äusserlich einwirkenden von einer innerlich bestimmenden Naturgewalt handelt. Daß dies aber gleichwohl geschieht, daraus erhellt, daß die von Luden beliebte Neuerung gerade gar nicht dazu dient, das Gebiet der strafbaren Handlungen gegen die Einwürfe der materialistischen Psychologie zu schützen. — Was die Kindheit, den Blödsinn, die Verwahrlosung u. dgl. betrifft, so hat allerdings Luden Recht, wenn er die Aus-

schliessung der Strafbarkeit nicht durch Zurechnungsunfähigkeit begründet haben will. Denn Kinder, Stumpfsinnige rc. sind alle zurechnungsfähig lange, ehe sie zur peinlichen Bestrafung fähig werden; auch ist die Bemerkung ganz treffend, daß der Anfangspunkt der kriminalistischen Zurechenbarkeit für solche Zustände, die in der erst sich entwickelnden Vernunft und Freiheit ihren specifischen Charakter haben, nach der Art der Verbrechen variirt. Allein nicht nur ist es abenteuerlich, wenn hier, wie auch sonst, die Behauptung aufgestellt wird, daß mit der Bezeichnung dieser Zustände als zurechnungsunfähiger die Beurtheilung derselben den Aerzten in die Hand gespielt würde, sondern man kann auch den von Luden angegebenen Grund der Straflosigkeit nicht gelten lassen. Dieser soll in der Unfähigkeit liegen, sich eine Vorstellung von der verbotenen Handlung zu machen, indem das Kind, der Stumpfsinnige rc. sich die Einwirkung nicht vorzustellen vermöge, die mit der Handlung auf die Aussenwelt hervorgebracht werde. Allein es ist klar, daß eine solche Unfähigkeit auch allen korrektiven Strafzwang aufheben würde. In der That findet sie aber auch nicht in der behaupteten Ausdehnung statt, und die Kinder wären schlimm daran, wenn die Gesetzgebungen jenen Grund adoptiren sollten. Denn, sobald das Kind zu denken anfängt, beginnt es auch wirklich zu wollen und kann verbrecherische Vorsätze fassen, d. h. sich zu einem Thun entschliessen, wovon es weiß, daß es verboten ist. Aber gleichwohl darf keine peinliche Strafe verhängt werden, weil diese den mündig gewordenen Menschen voraussetzt, bei dem einer allgemeinen Norm zufolge angenommen werden kann, daß der Geist genug erstarkt sei, um die in die werdende Freiheit sich kontinuirenden Reize der äusseren und inneren Natur zu

überwinden. Eben deshalb wurde oben Zurechnungsfähigkeit überhaupt von der vollen, kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit unterschieden und nur letztere der Jugend und den mit ihr verwandten Zuständen abgesprochen. — Ferner unterscheidet nun Luden solche Gründe, aus welchen die Vorstellung aufgehoben werde, eine mit der verbotenen Handlung im Kausalzusammenhang stehende Handlung zu begehen, unter welcher Rubrik Bewußtlosigkeit und Irrthum aufgeführt werden. Bei der Bewußtlosigkeit ist denn vornämlich vom Affekt, von den Schlaf- und Trunkzuständen die Rede. Erstrer wird aus der Reihe der Aufhebungsgründe der Strafbarkeit ganz gestrichen, von den übrigen genannten Zuständen aber behauptet, daß sie die verbrecherische Willensbestimmung aufheben und deshalb in Ansehung der Handlungen, die in denselben begangen werden, nichts darauf ankomme, ob Jemand mit oder ohne seine Schuld in einen solchen Zustand gerathen sei. Eben dies ist nun die sehr gefährliche Seite der neuen Lehre, sofern man nämlich eine konsequente Festhaltung des Princips in Aussicht hat. Indessen kommt man doch auch hier schließlich mit dem bloßen Schrecken davon, wenn man sogleich auf der andern Seite liest, daß der Verf. denn doch den Begriff der sog. actiones liberae in causa wieder zu Gnaden annimmt, indem er sagt: „Dagegen sind von den Zuständen der Bewußtlosigkeit wohl zu unterscheiden die Handlungen, durch welche sich Jemand in einen solchen Zustand versetzte; wenn der bewußtlose Zustand in der Art mit der verbotenen Handlung im Kausalzusammenhange steht, daß sie aus demselben hervorgehen muß oder kann, so steht sie auch im Kausalzusammenhange mit der Handlung, durch welche sich Jemand in einen solchen Zustand versetzte.“ Man darf wohl fragen, worin

der Unterschied dieser Darstellung von der gewöhnlichen bestehen soll, die Luden so hart angreift? Der einzige entdeckbare liegt darin, daß er zur culpa jedesmal Bewußtsein des möglichen rechtsverletzenden Erfolgs verlangt, während die gewöhnliche Lehre diese Forderung nicht macht. Aber in Beziehung auf die in Rede stehende Frage, ob Bewußtlosigkeit ein absoluter oder relativer Grund der Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit oder Strafbarkeit sei, ist diese Differenz völlig gleichgiltig. Nach beiden Ansichten ist die Bewußtlosigkeit kein absoluter Aufhebungsgrund, sondern ist es nur insofern, als das bewußtlose Thun nicht selbst wieder auf die freie Selbstbestimmung des Subjekts als Princip reducirt werden kann. Eben dies liegt aber darin, daß sich Jemand durch seine eigene Schuld in den bewußtlosen Zustand versetzte, und das Eigenthümliche an Ludens Behauptung besteht nun weiter nur darin, daß er diese culpa in engere Grenzen einschließt, indem er zu ihr das Bewußtsein des möglichen Kausalzusammenhangs als Requisit fordert. Hiernach ist aber kein Grund abzusehen, warum es unrichtig seyn sollte, zu sagen: nur unverschuldete Bewußtlosigkeit schließe die Zurechnung der im bewußtlosen Zustande ausgeübten Thätigkeit aus; und die ganze Polemik läuft auf einen bloßen Wortstreit hinaus. Ganz ebenso verhält es sich mit der von Luden über den faktischen Irrthum aufgestellten Behauptung, sofern er nur die culpa beim verschuldeten Irrthum enger faßt, als es gewöhnlich geschieht. Wenn aber die gewöhnliche Doktrin, durch die verschuldete Bewußtlosigkeit und den verschuldeten Irrthum die Zurechnung nicht aufgehoben werden läßt, so hat dies nicht den Sinn, als ob sie in dem Betrinken oder Irren an sich das Strafbare sähe, sondern sie findet die Schuld

nur eben darin, daß sich das Subjekt freiwillig in einen Zustand setzte, von dem es wußte oder hätte wissen können, daß es darin leicht rechtsverletzende Erfolge hervorbringen könne. Somit ist nur die Bestimmung des Umfangs der Schuld bei Luden neu, keineswegs aber die Bestimmung des Grundes, aus welchem in solchen Fällen Zurechnung angenommen wird. Er bringt nun zwar gegen die gewöhnliche Lehre wiederholt noch den Vorwurf vor, sie begehe den Widerspruch, von Gründen der Zurechnungsunfähigkeit zu reden und doch gegen solche Zurechnungsunfähige Strafen zu verhängen. Allein es ist doch wahrlich ganz dasselbe, wenn er die Gründe der Zurechnungsunfähigkeit in Gründe des Mangels an verbrecherischem Willen umtauft und nun ganz auf die gleiche Weise behauptet, daß diese Gründe die Natur der Relativität an sich haben, daß also auch das Thun eines Bewußtlosen oder faktisch Irrenden strafbar seyn könne! Indem er aber freilich den auf die gedachte Weise umgetauften Gründen der Zurechnungsunfähigkeit die Relativität zugesteht, so statuirt er für die noch übrig bleibenden Gründe, die er allein als solche gelten läßt, das Gegentheil. Indem er nun von diesen behauptet, daß der Richter nicht befugt sei, über ihr Dasein oder Nichtdasein zu entscheiden, so giebt er gerade das Hauptfeld den Aerzten preis und thut dies sogleich mit der Koncession, daß sie als absolute Richter über die Freiheit angesehen werden sollen. Dies aber ist das praktisch Gefährliche an seiner Ansicht, da hiemit alle sogenannten zweifelhaften Seelenzustände für gute Prise der gerichtlichen Medicin erklärt werden [1]). Und freilich läßt sich nicht wohl ein andres Resultat von einer Lehre

1) S. darüber vorläufig Berner a. a. O. S. 301 — 310.

erwarten, welche Zurechnungsfähigkeit und Unzurechnungsfähigkeit für Zustände erklärt, über deren unmittelbare Existenz hinaus kein Urtheil erlaubt sei, die gleich anderem natürlichem Dasein nur eben einfach fertig vorhanden und reiner Gegenstand der unmittelbaren Anschauung seien [1]).

Anm. 3. Der eben angeführten mechanischen Behandlung der Hauptfragen in der Imputationslehre schließen wir die Erwähnung einer neuerlich auf dem Gebiete der Medicin hervorgetretenen Ausführung an, die den denkenden Kriminalisten sehr interessiren muß, wenn sie auch nicht im Stande seyn sollte, ihn vollständig zu befriedigen. In einem Aufsatze über psychische Reflexaktionen sucht nämlich Dr. Griesinger [2]) Parallelen zwischen den Aktionen des Rückenmarks und denen des Gehirns, als Organs der psychischen Erscheinungen im e. S., hervorzuheben und an normalen und abnormen Erscheinungen nachzuweisen. Indem er es nämlich unternimmt, zu zeigen, daß centripetale und centrifugale Aktionen am Rückenmark und am Gehirn nicht verschiedenen Gesetzen unterthan seien, und daß in Bezug auf Uebergang centripetaler in centrifugale Erregung eine merkwürdige Harmonie zwischen den mehr oder weniger bewußten Aktionen des Gehirns selbst (Vorstellungen und Strebungen) und zwischen den Empfindungs- und Bewegungserscheinungen der Centralorgane bestehe, und indem er hiemit über das Verhalten des Bewußtseins zu den übrigen Reflexen Aufschluß zu geben verspricht, so betritt er ein Gebiet, auf dem gerade

1) Vgl. Heffter §. 72.

2) Archiv für physiologische Heilkunde von Roser und Wunderlich. 1843. S. 76 ff.

die wichtigsten Fragen der Imputationslehre, vor allen die über das Verhältniß des Geistes zu seiner eigenen Natur, woraus das Princip über die zweifelhaften Seelenzustände zu entnehmen ist, sich bewegen. Zwar behauptet nun der Verf. gleich im Eingange, mit einem zweideutigen Seitenblicke auf die Philosophie, daß die Entwicklung und Deutung derjenigen Erscheinungen an den Organismen, welche man die psychischen nenne, gerade wegen ihres Organischseyns ganz allein dem Naturforscher zustehe. Allein so gewiß der Philosophie jede geistreiche Forschung auf dem Gebiete der Physiologie des Menschen nur erwünscht kommen kann, so wenig kann und wird sie sich doch durch solche einseitigen Protestationen ihr Recht verkümmern lassen, dem empirischen Naturforscher seine Grenze ihrerseits aufzuweisen und den Punkt festzuhalten, wo die Schlüsse aus somatischen und psychischen Erscheinungen, als eingreifend in die Philosophie des Geistes, berechtigt zu seyn aufhören. So lang es sich nur um das geist-leibliche Leben handelt, wird also der physiologischen Entwicklung und Deutung psychischer Erscheinungen ihr vollkommenes Recht bleiben, umsomehr, als sie hier eben für einen wesentlichen Theil der Philosophie, die Naturlehre des Geistes, dienstbar ist. Wo aber das punctum saliens, der Uebergang von der Seele zum Geist eintritt, da wird die bloß empirische Betrachtung und Erklärung der Phänomene um so weniger als eine berechtigte anerkannt werden dürfen, als es gerade das Wesen dieses Uebergangs ist, daß der Geist seine Negativität gegen seine Natur erkennt und sich gegen sie in sich selbst zurückzieht, um sofort dieses sein eigenthümliches Selbstbewußtsein erst der Natur einzubilden. Eben um diesen Punkt bewegt sich aber der vorliegende Aufsatz, daher es angemessen erscheint, — hier etwas näher

auf denselben einzugehen. — Heben wir vorerst die Resultate heraus, so scheint es, als ob zwischen der hier dargelegten Ansicht über die Freiheit und den Gedanken des Verf. eine unausfüllbare Kluft sich befinde. Denn nicht nur, daß er offen bekennt, er sei kein Spiritualist, was er aber freilich nur insofern ausspricht, als er sich von der somatischen Theorie über die Seelenstörungen lossagt, — sondern er sagt unumwunden: „Unter der Bezeichnung: Reflexaktion begreift man das Uebergehen sensitiver Eindrücke in motorische im Rückenmarke; unter dem Namen: psychische Reflexaktion wollten wir eine Aktion des Gehirns, die Uebergänge von Vorstellungen in Strebungen, theils insofern sie bewußt, theils unbewußt sind, näher betrachten. Beim Rückenmarke kennt man nahezu mit Sicherheit die Theile, welche Empfindung, und die, welche Bewegung vermitteln; beim Gehirne hat man noch kaum eine Ahnung von einer ähnlichen Unterscheidung der Organe nach ihrer Funktion. Wir wissen nicht, welchen seiner Theile die einzelnen Akte, in die die psychische Thätigkeit zerfällt, zukommt; aber wir treiben den Materialismus so weit, daß wir glauben, der künstlich komplicirte Bau des Gehirns sei nicht bloß des anatomischen Interesses wegen da, sondern er stelle die organischen Apparate zur Aufnahme der centripetalen Eindrücke, zu ihrer Umarbeitung in Vorstellungen, zu deren Zerstreuung und Kombination, zu ihrem Uebergange in Strebungen und zur Entladung der Bewegungsimpulse dar. In der That, weder an Selbstachtung, noch an Menschenliebe wird man ärmer, indem man sich klar macht, daß Vorstellen und Streben das Resultat organischer Processe sind, und daß es schon irrthümlich ist, das Verhältniß mit den Worten auszudrücken: das Gehirn sei das Werkzeug, das materielle Substrat

der Seele.“ Hiemit ist wohl entschieden genug ausgesprochen, daß der Verf. sich das Leben des Geistes, Intelligenz und Willen, nur als eine quantitative Steigerung, eine verfeinerte Potenz des allgemeinen, organischen Naturlebens denkt, und es scheint eine Unmöglichkeit, bei ihm das Anerkenntniß der Willensfreiheit zu suchen. Gleichwohl sieht man sich angenehm überrascht, wenn man wirklich dieses Anerkenntniß, wenn schon nicht in seiner vollen Stärke und Reinheit, wenn man überhaupt mehr als Einen Anknüpfungspunkt findet, an dem die Philosophie dem Verf. die Hand bieten und seinen physiologischen Kombinationen eine ihren Grundsätzen angemessene Seite abgewinnen kann. — Der Verf. beginnt mit einer in der Sonnenferne des Bewußtseins stehenden Reflexaktion, die der scheinbaren Ruhe oder vielmehr den mittleren Thätigkeits-Graden des sensorischen und motorischen Systems angehört und auf den ersten Blick ganz ohne Theilnahme der Seele vor sich zu gehen scheint, — dem Tonus der Muskeln, des Zellgewebs und der Gefäße. Derselbe wird, sagt er, von einem Zustande des Rückenmarks als Ganzem bestimmt, und zwar bildet sich dieser Zustand offenbar nur aus den centripetalen Eindrücken der sensitiven Nerven, die theils in unser Bewußtsein fallen, theils nicht. Beide Arten von Eindrücken geben zusammen die Summe aller Erregungen des Centralorgans. Das Centralorgan hält aber diese Eindrücke nicht in ihrer den einzelnen Fasern entsprechenden Sonderung fest, sondern in ihm, als Ganzem, bildet sich in jedem Momente ein aus allen zusammen herausgekommenes mittleres Facit der Erregung, und eben dieser mittlere Zustand scheinbarer Ruhe ist es, der den Tonus unterhält und regulirt. Offenbar müssen also die sensitiven Eindrücke im Centralorgan einem Processe unter-

worfen seyn, durch welchen ihre Besonderheit zum größten Theile aufgehoben wird, sie unter sich zusammen geleitet, vermischt, kombinirt und in dem ganzen Organ so verbreitet werden, daß eben ein Zustand des Ganzen als Facit daraus hervorgeht (Vorgang der Zerstreuung). Ein zweiter Akt des Central-Organs ist sodann die motorische Anregung — für den Tonus, wie für die Muskelbewegung. Ihre Stärke und die Gewohnheit ihrer Richtung werden gleichfalls vom Zustande des Organs als Ganzem regulirt; Empfindungen und Vorstellungen bestimmen aber die Besonderheit der Bewegung im konkreten Falle. Auch die Vorstellungen haben ihre Quelle in centripetalen Eindrücken, und diese sind es wieder, auch bei Bewegung in Folge von Vorstellung, von denen in letzter Instanz die motorischen Antriebe abhängen." — Dem eben angeführten Processe entspricht nun nach der Ansicht des Verf. der gleiche, der im Gehirne vor sich geht. Indem nämlich die centripetalen Eindrücke theils direkt (Sinnesorgane), theils indirekt (vom Rückenmarke aus) in das Gehirn zerstreut werden, werden sie dort, durch eine weitere Veränderung, zur Quelle der Vorstellungen. Auch mit den Vorstellungen geht nun im Gehirn derselbe Proceß der Zerstreuung vor, woraus sich wieder ein mittlerer Zustand scheinbarer Ruhe bildet, von dem Intensität oder Gewohnheit der Richtung der Aktionen abhängt, ein Tonus des Vorstellungsorgans, aus welchem hervor oder durch welchen hindurch wieder eine der motorischen des Rückenmarks entsprechende Aktion hervorgeht. — Um zu diesem Resultate zu führen, baut der Verf. eine Stufenleiter von den bewußtlosen Bewegungen durch die halbbewußten hinauf bis zu den völlig bewußten. Er beginnt mit den Reflerbewegungen enthaupteter Thiere niedriger Ordnung und zeigt, daß bei

diesen die normalen Bewegungen im unverletzten Zustande von den Reflerbewegungen wesentlich nicht verschieden seien. Auch bei jenen nämlich könne kaum von Vorstellungen und Wollen im eigentlichen Sinne die Rede seyn; sie stehen unter dem einfach in der Organisation selbst liegenden Gesetze der Zweckmäßigkeit; die Sinneseindrücke seien es, welche hier, wahrscheinlich noch in ihrer Qualität als Empfindungen und kaum zu Vorstellungen verarbeitet, die Harmonie und das im einzelnen Falle Zweckmäßige der Bewegungen durch stete Berichtigung etwaigen Irrthums hervorbringen. Die Zweckmäßigkeit der nach der Enthauptung erfolgenden Reflerbewegungen sei aus der Gewohnheit zu erklären. — Höhere Thiere zeigen nun keine solchen zweckmäßigen, aus der Gewohnheit zu erklärenden, Reflerbewegungen nach der Enthauptung mehr; bei ihnen werden die Bewegungen im normalen Zustand bereits nicht mehr von der unmittelbaren Empfindung, sondern von der aus ihr hervorgegangenen Vorstellung bestimmt; die Wahl der Bewegungen und die Zweckmäßigkeit ihrer Ausführung falle bei ihnen bereits der Vorstellung, dem was man den Willen des Thiers nenne, anheim. — Als weitere Stufe zwischen den eigentlich willkührlichen und den reinen Reflerbewegungen führt der Verf. diejenigen an, welche zwischen beiden in der Mitte stehen, welche wohl oft instinktmäßige genannt werden, aber nicht mit Recht sofern Wiederholung und Gewohnheit bei ihnen eine wesentliche Rolle spielen. Von den reinen Reflerbewegungen unterscheiden sie sich darin, daß sie doch stets, gleichsam aus der Ferne, von den Vorstellungen überwacht werden, und diese in jedem Augenblick fördernd oder hemmend auf die Bewegung einwirken können. Allein willkührlich sind sie auch nicht, sofern die bestim-

mende Vorstellung jedenfalls nur eine sehr dunkle, nicht in's Bewußtsein getretene heissen kann. — „Wie nämlich (damit macht nun der Verf. den Uebergang zu den willkührlichen Bewegungen) — wie das Rückenmark stets von einer unendlichen Menge centripetaler Eindrücke aus der Aussenwelt und dem eigenen Körper geladen, gleichsam von ihnen angefüllt ist, und doch nur ein sehr kleiner Theil von ihnen als Empfindungen bewußt wird, so muß man sich auch das Gehirn immer mit einer Menge seiner specifischen Energie adäquater Erregungen (Vorstellungen) geladen denken, deren unendliche Mehrzahl in dunkler Ruhe beharrt, während nur wenige intensere an das Licht des Bewußtseins herauftreten." Das Bewußtsein sei nämlich nicht als etwas zu den Vorstellungen Hinzutretendes zu betrachten, sondern es beruhe eben auf der Intensität, Stärke und Klarheit der einzelnen Vorstellung, daß sie sich aus der ruhenden Masse bewußt hervorhebe. „Der Unterschied zwischen unbewußter, halbbewußter, und bewußter Vorstellung wäre demnach eigentlich ein bloß quantitativer; — aber er schlägt an einem gewissen Punkte in eine Qualitätsänderung um." Wie schon angeführt, so nimmt nun der Verf. auch bei den bewußten Vorstellungen einen „Vorgang der Zerstreuung" an, dem durch keine Willensanstrengung Einhalt gethan werden könne. Aus der ganzen Masse der zerstreuten und unter sich kombinirten Vorstellungen bilde sich dann im Gehirn ein Zustand scheinbarer Ruhe, der die Kraft und die Gewohnheit der Richtung der psychischen Bewegung, der Bestrebung, regulire (der Verf. bezeichnet diesen psychischen Tonus durch: Gemüth und Charakter). Wie der Vorgang der Zerstreuung, so wiederholt sich aber ferner auch der zweite, der Uebergang der Erregung in motorische

Anregung. „Wie sich nun die bewußte Vorstellung von der unbewußten und dunkeln nicht durch ein specifisch neu dazu Gekommenes unterscheidet, sondern das Bewußtsein eben auf der Intensität der Vorstellung beruht, so kann auch der Uebergang einer solchen Vorstellung in eine Bestrebung so intens werden, daß er selbst in's Bewußtsein fällt, und man gibt diesem Vorgange alsdann den Namen: Wollen." Wollen überhaupt, d. h. Uebergang bewußter Vorstellungen in bewußte Bestrebungen, kann nun auch den Thieren zugeschrieben werden. Die Freiheit des Willens aber, welche wohl vom Wollen selbst zu unterscheiden ist, ist nichts, was diesem irgendwo an sich inhärirte; sie ist vielmehr nur die Möglichkeit, andere Vorstellungen und Bestrebungen auf die eben im Flusse befindliche einwirken zu lassen, und jene andern Vorstellungen innerhalb gewisser Grenzen spontan, aber auch nicht nach willkührlichen, sondern genau bestimmten Gesetzen hervorzurufen. Diese Freiheit des Willens ist nun beim Menschen, auch beim allerwildesten, unendlich viel größer, als beim gebildetsten Thiere, aus dem einfachen Grunde, weil er unendlich viel reicher an Vorstellungen, einer Menge solcher fähig ist, welche das Thier gar nie haben kann. Je vielseitiger und ausgebildeter die Vorstellungen werden, je leichter sie im konkreten Falle von der im Flusse befindlichen hervorgerufen werden, gleichsam sich um diese gruppiren, desto größer ist die Wahl unter ihnen, desto freier die Handlung, — Denken macht frei." Der Uebergang der bewußten Vorstellungen in Bestrebung aber beruht, wie der Verf. sagt, ganz wie die Reflexaktion in Rückenmarke, auf organischem Zwang und Drange, nur in diesem Uebergange erreichen wir das Ziel der Vorstellung, die Verwirklichung unsres geistigen Ichs; überhaupt aber muß als

letzter, ja einziger Zweck der Organismen nur eben die Aeusserung der in der organisirten Materie liegenden Kräfte, die allseitige Darstellung und Erfüllung ihrer Organisation selbst angesehen werden.

Nachdem wir im Bisherigen den Gedankengang des Verf. möglichst treu und größtentheils mit seinen eigenen Worten wiedergegeben haben, so glauben wir denselben in dem Satze zusammenfassen zu können, daß Intelligenz und Wille nur die intensivste Steigerung des organischen Processes überhaupt, nur die höhere Form des auch in den Funktionen des Rückenmarks, Empfindung und Bewegung, sich bethätigenden, immanenten Seelenlebens seien. Dabei scheint es, daß der Verf. Seele und Geist als identisch nehme, wie er denn auch die ganze Abhandlung mit den Worten schließt: „wir erkennen, daß unsre psychische Individualität, wie unser ganzer übriger Organismus, langsam sich entwickelt, und daß unsre Seele nicht ein ursprünglich fertiges Produkt der Natur, sondern ein gewordenes ihrer eigenen Geschichte ist.“ — Da er nun auch kein Bedenken trägt, die Seele fast geradezu mit der organisirten Materie zu identificiren, so scheint hier freilich der Materialismus in bester Form vorzuliegen. Gleichwohl kann man in seiner Darstellung einige Momente nicht wohl übersehen haben, die sich hiermit nicht zusammen reimen lassen und die, wenn sie irgend konsequent durchgeführt werden, der ganzen Darstellung ein andres Gepräge geben. Während nämlich allerdings das erklärte Bestreben darin dahin geht, die psychischen Processe nur als quantitative Steigerungen der allgemeinen natürlichen organischen Funktionen erscheinen zu lassen, bringt der Verf. doch wiederholt und mit Nachdruck die Behauptung vor, daß der quantitative Progreß an einer gewissen Stelle in eine Qualitätsänderung umschlage. Fer-

ner sagt er schon von den zwischen den reinen Reflexaktionen und den willkührlichen Bewegungen in der Mitte liegenden instinktmäßigen oder halbwillkührlichen, halbunwillkührlichen Bewegungen, ihr Charakteristisches sei, daß durch Vorstellung und daraus hervorgehende Strebung in jedem Augenblicke fördernd oder hemmend auf sie eingewirkt werden könne. Noch unumwundener spricht er ferner bei den bewußten Vorstellungen von einer stattfindenden Freiheit der Wahl, von wirklich spontanen Strebungen. Er sagt, daß durch Denken der Mensch frei werde und andrerseits das freie Wollen und Handeln, die Verwirklichung des geistigen Ichs, das Ziel des Denkens sei, worin der Mensch seine Bestimmung erreiche. — Die Frage wird nun eben seyn, ob die eben ausgehobenen Sätze mit der Grundansicht des Aufsatzes zusammenbestehen können, oder nicht? Und diese Frage wird ohne Zweifel verneinend beantwortet werden müssen. — Was zuvörderst das Umschlagen des quantitativen Prozesses in eine Qualitätsänderung betrifft, worin allerdings das punctum saliens der ganzen Frage liegt, so ist der Verf. jeden näheren Nachweis darüber schuldig geblieben, und man fragt sich vergebens, was man sich darunter zu denken habe, wie denn auch der Verf. selbst doch immer wieder sagt, „eigentlich" sei der Unterschied ein bloß quantitativer und bestehe nur darin, daß der centripetale Eindruck zur Empfindung, diese zur unbewußten Vorstellung, die unbewußte zur dunkeln und die dunkle zur bewußten Vorstellung sich steigere. In Wahrheit ist ihm also das Denken nichts qualitativ Anderes, als die centripetalen Eindrücke auf das Rückenmark. Daraus folgt aber von selbst, daß auch der Wille „eigentlich" nichts qualitativ Anderes seyn kann, als die kümmerlichste Reflexbewegung. Wenn nun gleichwohl von Freiheit des

Willens die Rede ist und in dieser ohne Zweifel die Qualitätsänderung liegen soll, so fragt sich nur, ob dieser Begriff dem Verf. völlig klar geworden sei? Zwar spricht er nun deutlich aus, daß die Freiheit des Willens in der freien Möglichkeit der Wahl bestehe, d. h. daß der menschliche Wille in keiner Weise genöthigt sei, gerade diese oder jene bestimmte Vorstellung hervorzurufen und in Strebung übergehen zu lassen. Allein dieser Wahlfreiheit scheinen folgende Bestimmungen entgegenzustehen: 1) indem der Verf. auch bei den Thieren einen Willen annimmt, sofern er sagt, daß die Freiheit des Willens nichts diesem irgendwo an sich Inhärirendes, daß sie beim Menschen nur viel größer, als beim Thiere sei, so scheint der ganze Begriff der Qualitätsänderung wieder in Nichts zu verfließen; 2) die Freiheit soll zwar in Spontaneität bestehen, aber die Wahl selbst theils nur innerhalb gewisser Grenzen, theils nach genau bestimmten Gesetzen stattfinden. Es erschwert aber offenbar das Verständniß, daß der Verf. es nicht für gut gefunden hat, seine eben an den schwierigen Punkten eintretenden „eigentlich" und „gewissen Punkte" oder „gewissen Grenzen" u. s. f. etwas näher zu bestimmen. Zwar, was den zweiten Punkt betrifft, muß dem Verf. allerdings Recht gegeben werden, wenn er nichts weiter sagen wollte, als daß die Wahlfreiheit auf den konkreten Inhalt des Selbstbewußtseins überhaupt beschränkt sei. Aber seine Behauptung behält gleichwohl etwas Schiefes dadurch, daß er eben diesen Inhalt des Selbstbewußtseins als ein Gegebenes annimmt und den Willen als schöpferisches Princip dabei ausschließt, so als wäre die größere Bildung, der größere Reichthum der Intelligenz nur Produkt des nothwendigen organischen Wachsthums und etwa auch der äusseren Verhältniße, kurz reine Wirkung des endlichen Kausalitätsgesetzes. Dies

hängt aber freilich auf's Genauste mit der Behauptung ad 1) zusammen, wornach die Steigerung des Willens an sich zum freien Willen eben doch wieder nur als quantitativer Progreß dargestellt wird, innerhalb dessen dann die angenommene Wahlfreiheit als eine wunderliche Zuthat erscheint, die alles Nervs entbehrt und konsequenter Weise verworfen werden muß. Denn, soll es mit der Wahlfreiheit, mit der Willkühr in der Hervorrufung der Vorstellungen und der daraus hervorgehenden Strebungen ernstlich gemeint seyn, so muß es auch wirklich zu jener Qualitätsänderung kommen, von welcher der Verf. eine unausgeführte Andeutung giebt. Der freie Wille muß erkannt werden als etwas von dem Wollen der Thiere und dem unwillkührlichen oder halbwillkührlichen Wollen des Menschen specifisch Verschiedenes; oder, wie es deutlicher lautet, es muß zur Unterscheidung von Trieb und Willen kommen, zur Unterscheidung der vom natürlichen Seyn bedingten, aus der natürlichen Organisation hervorgehenden Bewegungsimpulse und derjenigen, durch welche jene (die Triebe) gefördert oder gehemmt werden können, und welche, eben weil sie diese Fähigkeit haben sollen, nothwendig auch ein andres Princip haben müssen, als jene. Wird dies nicht anerkannt, so bleibt die Behauptung, daß eine Qualitätsänderung eintrete, und daß Freiheit des Willens stattfinde, nicht nur bloße Behauptung, sondern sogar eine Unmöglichkeit. Denn diese Freiheit, welche die Möglichkeit seyn soll, den natürlichen Fluß der Vorstellungen zu unterbrechen, kann offenbar nicht dasselbe Princip haben, wie dieser natürliche Fluß selbst. So gewiß sie auch an dem Umfang des konkreten Selbstbewußtseins, der in einem bestimmten Individuum ruhenden Masse von Vorstellungen ihre Grenze hat, so gewiß sie auch selbst wieder bestimmten Gesetzen unter-

worfen ist, so muß sie doch gegenüber allen durch die natürliche Nothwendigkeit bedingten Funktionen und Erscheinungen sich selbst negativ verhalten, sich von ihnen unterschieden setzen und ihr Princip als eigenthümliches gegen sie geltend machen. Denn, wenn es sich umgekehrt verhielte, so wäre sie eine leere Selbsttäuschung, entsprungen aus der Nichtkenntniß der Gesetze der Ideenassociation. Daß aber der Verf. dies nicht annimmt, dafür liegt der Beweis darin, daß er ausdrücklich von dem „spontanen Hervorrufen" von der „Wahl" andrer Vorstellungen spricht. Man muß also dafür halten, daß es hiermit wirklich Ernst sei. Allein dann folgt nothwendig, daß auch mit der Behauptung von der eintretenden Qualitätsänderung Ernst gemacht werden muß. Fragen wir uns nun, was wohl den Verf. hiervon abgehalten habe, so kann der Grund wohl nur darin liegen, daß er um keinen Preis die Einheit des Organismus aufgeben und darum lieber die Seele für organisirte Materie erklären will, ehe er zugäbe, daß Intelligenz und Wille auf einem wesentlich anderen Principe beruhen, als die Functionen des Rückenmarks. Gegen diesen Grund haben wir auch nichts einzuwenden, da wir am wenigsten gemeint seyn können, die höchste Bestimmung des Menschen in etwas Andrem, als darin zu suchen, daß er aus Freiheit die Bestimmung seines eigenen, innersten Wesens erfülle. Gleichwohl muß eben deswegen der bloß quantitative Progreß des Verf., sein unmittelbarer Parallelismus zwischen den psychischen Erscheinungen und den Reflexerscheinungen angefochten werden. Denn auf diesem Wege ist es schlechthin unmöglich, zu einer denkbaren Vorstellung der Freiheit zu kommen. Wir werden also das Mißverständniß darin suchen müssen, daß der Verf. gerade den Begriff umgeht, der allein es möglich macht,

einerseits den Gegensatz von Freiheit und Nothwendigkeit wirklich zu setzen, und andrerseits doch gleichwohl die Einheit als wesentliche Bestimmung am Organismus festzuhalten, — den des Geistes. Zwar scheint er denselben nicht ganz zu ignoriren, vielmehr ihn mit dem Begriffe der Seele identisch zu setzen, die er als das „Ensemble aller Aktionen der Nervencentra" bestimmt. Auch hier können wir dem Verf. nicht schlechthin entgegentreten, sofern wir allerdings den Begriff der Seele wesentlich nicht anders bestimmen können, denn als die einfache, sich auf sich beziehende Totalität des leiblichen Organismus. Wenn er vom Standpunkte der Physiologie aus die Philosophie darüber tadelt, daß sie „unter Seele meistens nicht nur bloß Gehirnfunktionen, sondern auch unter diesen meist wieder nur die mit Bewußtsein verbundenen verstehe," so finden wir zwar den Vorwurf an sich nicht gegründet, müssen ihm aber in der Sache Recht geben, wenn er den Begriff der Seele auf die angeführte Weise bestimmt. Um so gewisser dagegen muß dem Verf. vorgeworfen werden, daß er die Seele mit dem Geiste verwechsele und Folgerungen, die in Beziehung auf jene ganz richtig sind, auf das Gebiet des Geistes überträge, auf welchem sie keinerlei Berechtigung haben. Man kann den ganzen Parallelismus zwischen den verschiedenen Funktionen der Nervencentra zugeben und seine noch genauere Konstatirung auf physiologischem Wege wünschen. Gleichwohl muß man jetzt und immer der Physiologie als solcher die Berechtigung absprechen, ihre Gesetze auf den Geist anzuwenden. Der Mensch ist ein geist-leiblicher Organismus, und nur die leibliche Seite dieses Organismus fällt in's physiologische Gebiet, weil nur diese der Naturnothwendigkeit angehört. Nicht als ob die geistige Seite nicht auch bestimmten Gesetzen, hiermit einer Nothwendigkeit

unterworfen wäre, welche ihre Natur genannt werden kann. Allein diese Natur oder besser: dieses Wesen des Geistes besteht eben in seiner Negativität gegen die Natur im eigentlichen Sinne, in seiner Idealität und Freiheit von ihr. Dabei ist aber von einem Dualismus keineswegs die Rede, da vielmehr die Natur als die Voraussetzung zu erkennen ist, welche der Geist sich selber gemacht hat; damit er in ihr seine Wurzel habe. Das Kausalitätsgesetz, unter welchem der Organismus seiner leiblichen Seite nach steht, ist mithin vom Geiste selbst gesetzt, nichts ihm Fremdes und Aeusserliches; aber es ist von ihm nur gesetzt, damit er es bewältige und sich daraus als freie Intelligenz an's Licht gebäre. Diese Qualitätsänderung tritt allerdings durch das Denken ein und Denken macht frei. Aber ebendeshalb kann Intelligenz und Wille nicht eine bloße quantitative Steigerung der Rückenmarksfunktionen, sondern muß etwas qualitativ anderes seyn. Dies ist nun die einfache Konsequenz der vom Verf. selbst gegebenen Bestimmungen. Denn einerseits hat er die richtige Erkenntniß von der Seele, als der einfach sich auf sich beziehenden Allgemeinheit des natürlichen Organismus; er hat das richtige Bewußtsein, daß das Selbstgefühl nur zu Stande kommt durch das, was er den Vorgang der Zerstreuung der centripetalen Eindrücke nennt, und was er als eine Aufhebung der Besonderheit der einzelnen Empfindungen in die Allgemeinheit eines Tonus des gesammten Organs schildert; es kann in seinem Parallelismus der Gehirnfunktionen mit denen des Rückenmarks, sobald man nur von den gar nicht hierher gehörigen Ausdrücken: Vorstellung, Bewußtsein, Wille 2c. 2c. absieht, der richtige Parallelismus des Empfindens der leiblichen Unmittelbarkeit und des Empfindens des dem Ich als Bewußtsein und Geist ange-

gehörigen als eines zur natürlichen Leiblichkeit Bestimmten gefunden werden; auch findet sich der Uebergang des Selbstgefühls in die Gewohnheit wenigstens in einigen Momenten mit richtigem Takte angedeutet und überhaupt zu einer psychischen Physiologie, wie sie noch immer so sehr vermißt wird, mancher interessante Beitrag gegeben. Andrerseits ist auch bei der völligen Verkennung der Differenz zwischen Seele und Geist, wie sie dem Aufsatze zu Grund liegt, doch nicht zu übersehen, daß den Verf. das richtige Gefühl mehrmals anwandelt, insbesondre, wenn er wiederholt von dem Eintreten einer Qualitätsänderung, von der Umwandlung, wodurch die Empfindungen zu Vorstellungen umgearbeitet werden, vollends wenn er von Spontaneität, Wahl und Freiheit spricht. Allein eben dieses richtige Gefühl hat sich nicht zum klaren Bewußtsein und vermittelten Denken herauszuarbeiten gewußt, da sonst dem Verfasser die oben bezeichneten Widersprüche nicht entgangen seyn könnten. Hat er allerdings die Seele als das einfache ideelle Leben des leiblichen Organismus richtig aufgefaßt, und läßt sich das richtige Bewußtsein nicht verkennen, daß die Seele die Substanz, die absolute Grundlage aller weiteren Bestimmtheit des Geistes ist, so daß er (Hegel Encyklop. §. 389) in ihr allen Stoff seiner Bestimmung hat und sie die durchdringende, identische Idealität derselben bleibt, — so hat er doch nun weiter ganz übersehen, daß die Seele in dieser abstrakten Bestimmung eben nur die Möglichkeit des geistigen Lebens, der Schlaf des Geistes, d. h. eine Bestimmtheit ist, gegen die der Geist, um wirklicher, wacher Geist zu werden, sich negativ setzen, über die Seite der leiblichen Aeusserlichkeit an ihr hinausgehen, sich in sich selbst reflektiren, d. h. die von dem Verfasser nur angedeutete Qualitätsänderung wirklich vollziehen

muß. Dies geschieht nun allerdings vermittelst des Aufgangs des Bewußtseins und seiner Geschichte, die, freilich nicht mit einem salto mortale, an ihrem Orte auch zur Genesis der Intelligenz und des Willens führt.

Die psychische Gesundheit, fährt nun der Verfasser fort, beruht auf dem harmonisch gleichmäßigen Fortgange der erwähnten Vorstellungs- und Strebungsaktionen, und Störungen dieser konstituiren den geistigen Schmerz, die psychische Krankheit. Seine besonderen Bemerkungen über die letztere leitet er mit einem Hinblicke auf Budges Hemmungstheorie ein, welche die willkührlichen Bewegungen durch Aufhebung einer dem kleinen Gehirne zukommenden Hemmungsthätigkeit entstehen läßt. Ohne diese Theorie in toto zu adoptiren, macht der Verfasser darauf aufmerksam, daß sie mit Thatsachen, die eine feinere Selbstbeobachtung lehre, auf merkwürdige Weise übereinstimme. „Der Uebergang der mehr oder minder hell bewußten Strebung in Muskelbewegung geschieht auf eine Weise, die weit weniger einer positiven Thätigkeit, als der Befreiung von einem Widerstande, von einer Hemmung gleicht. Wenn wir z. B. gehen oder sprechen wollen, so braucht es von dieser Strebung aus nicht noch eines besonderen Aktes, eines nochmaligen positiven Impulses für den motorischen Nerven, sondern die Vorstellung Gehen oder Sprechen geht in Bestrebung und diese in Bewegung über, sobald sie von nichts daran gehindert ist." Hiemit ist eine sehr treffende Bemerkung gemacht, die auch so ausgedrückt werden kann: dem Geist steht seine leibliche Natur nicht als etwas gegen ihn Selbständiges entgegen, zu dessen Leitung es eines besondern Apparates bedürfte, sondern als Wille ist er die Macht über dieselbe, gegen welche sie keinen Widerstand leisten kann, weil der Geist ihr eigenstes Inneres ist, das, sobald

es für sich geworden ist, ihre eigene Kausalität, aber nun nicht mehr als gebunden, sondern als freie ausmacht. Gegen diese absolute Macht des Willens ist es aber kein gegründeter Einwurf, wenn etwa auf den Zustand der Schläfrigkeit hingewiesen wird, als in welchem nun im Gegentheile die Bewegungen weniger frei seien, selbst das gewohnte Spiel der Muskeln gehemmt erscheine, die Ausführung der Bewegungen nicht mehr das Gefühl leichter Spontaneität, sondern eines mühsamen Geschäfts gebe. Denn allerdings fällt alle selbstbewußte und vernünftige Thätigkeit des Geistes nur in das Wachsein; der Schlaf aber ist (Hegel Encykl. §. 398) Bekräftigung dieser Thätigkeit nicht bloß als negative Ruhe von derselben, sondern als Rückkehr aus der Welt der Bestimmtheiten in das allgemeine Wesen der Subjektivität, welches die Substanz jener Bestimmtheiten und deren absolute Macht ist. Eben deshalb ist es aber unrichtig, wenn gesagt wird, im Uebergange zum Schlafe seien Vorstellung und Strebung vorhanden, finden sich jedoch gehemmt; denn es wird der wesentliche Unterschied von Vorstellungen, wie sie dem Zustande der Schläfrigkeit zukommen, und der Vorstellungswelt des wachen, verständigen Bewußtseins dabei übersehen, in welcher allein Wille und Freiheit vorkommen können.

Der Verfasser dehnt nun aber das Phänomen der Hemmung auch auf das psychische Gebiet aus. „Die Reflerbewegungen des Rückenmarks sind nach Entfernung des Gehirns stärker und freier; sie wurden, mag der Grund hievon liegen, in was er will, vom Gehirne, so lange es da war, gehemmt; der Uebergang der bewußten Empfindung in Bewegung (eine weitere Stufe der Reflere) wird gehemmt von den Vorstellungen aus (vom Willen); der Uebergang der Vorstellungen in Bestrebungen wird

wieder gehemmt — wodurch? — offenbar nur durch andere Vorstellungen. Das gemeinschaftliche Wirken aller übrigen Vorstellungen auf die eben im Flusse befindliche konstituirt eine psychische Hemmung, die man Besonnenheit nennen kann. Es giebt nun eine ganze Klasse von Zuständen des Rückenmarks und des Gehirns, in welchen dieses Verhältniß des Hemmenden zum Beweglichen gestört ist. Ist die Störung auffallend, so nennt man diese Zustände Krankheiten, am Gehirn psychische Krankheiten (Seelenstörungen), deren Hauptcharakter eben in Abnormität oder gänzlichem Verluste der Besonnenheit und eben damit der geistigen Freiheit besteht." — Hier wird nun offenbar, auf welchen schwachen Füßen der Freiheitsbegriff des Verfassers steht. Er identificirt die Freiheit mit der Besonnenheit, und diese bestimmt er in negativer Weise als hemmende Thätigkeit gegenüber der positiven Macht der beweglichen Vorstellungen. Der Uebergang der Vorstellung in Strebung und Bewegung ist ihm ein durch organische Nothwendigkeit gebotenes Explodiren, wozu es des Willens nicht bedarf. Dieser besteht für ihn nur in dem Bewußtwerden dieses Explodirens. Nur negativ wird er zu einer Realität, als die Möglichkeit, durch das Hervorrufen andrer Vorstellungen die Explosion der eben im Flusse befindlichen zu hindern. Gleichwohl wird aber auch diese kümmerliche Realität wieder eingeschränkt durch die Behauptung, daß die Besonnenheit nur eben in dem gemeinschaftlichen Wirken aller übrigen Vorstellungen auf die eben im Flusse befindliche bestehe. Denn hiemit wird die kaum vorher der Willkühr und Wahl zugeschriebene hemmende Thätigkeit vielmehr wieder zu einer unwillkührlichen, auf organischer Nothwendigkeit beruhenden herabgesetzt, sofern ja das Gesetz für die Zerstreuung und Kombination der Vorstellungen dem Willen ganz entzogen

seyn und der psychische Tonus, welcher die Kraft und die Gewohnheit der Richtung der Bestrebungen regulire, nur eben aus der Masse der solchergestalt willenlos zerstreuten und kombinirten Vorstellungen hervorgehen soll. Wäre dem wirklich so, wie könnte dann die Vorstellung der Freiheit irgend etwas andres, als die kläglichste Selbsttäuschung seyn? Wenn nun aber gleichwohl der Verf. dies nicht Wort haben will, so zeugt dies nur wieder dafür, daß er den unmöglichen Versuch unternimmt, unvereinbare Dinge zusammenzudenken. — Zwar, daß die psychische Gesundheit in dem Zustand der Besonnenheit, die psychische Krankheit in deren theilweisem oder gänzlichem Verlust bestehe, muß zugegeben werden. Auch damit kann man übereinstimmen, wenn der Zustand der Besonnenheit als derjenige bestimmt wird, in welchem alle Vorstellungen und Begierden sich in harmonischem Gleichgewicht befinden, so daß keine einzelne Bestimmtheit sich für sich emancipiren kann. Man kann auch die Vergleichung dieses psychischen Zustands mit dem gesunden Tonus des leiblichen Organismus angemessen finden. Aber ihn selbst als einen durch die Gesetze des natürlichen Organismus bedingten, durch natürliche, vom Willen unabhängige Vorgänge entstehenden denken — das kann man nicht. So gewiß der Geist und sein Leib nicht als Glieder eines dualistischen Verhältnisses angesehen werden dürfen, jener vielmehr als Entelechie des letztern betrachtet werden muß, eben so gewiß darf auch diese Einheit beider nicht so verstanden werden, als ob sie eine unmittelbare und als ob namentlich Intelligenz und Wille als ein Naturproceß aufzufassen wäre. Die Natur des Bewußtseins ist es, über welche der Verf. viel zu oberflächlich hinweggeht, wenn er von der bewußtlosen Empfindung bis zur bewußten Vorstellung und zum Denken nur einen quantitativen Fortschritt sieht. Denn

eben im Erwachen des Bewußtseins in der Seele geht die große Unterscheidung des Geistes von seiner Natur, sein ideales Selbständigwerden vor sich, vermöge dessen er selbst das Princip aller Vorgänge seiner subjektiven Welt wird und alle Funktionen seiner leiblichen Seite nur in seinen Dienst nimmt. Mit dem Eintritt in die Region des Bewußtseins hat es daher überhaupt mit allem unmittelbaren Parallelismus zwischen natürlichen und geistigen Phänomenen ein Ende. Hier kann von keinen Zuständen mehr die Rede seyn, worin sich der Geist ohne sein Zuthun befände, von keinen Vorgängen, die unabhängig von ihm in ihm sich verliefen, mithin von keiner willenlosen Zerstreuung und Kombination der Vorstellungen, die nur durch ihr mechanisches Gleichgewicht das Losplatzen jeder einzelnen in eine Strebung verhinderten, von keinem Zustande der Besonnenheit, der nur eben durch dieses Gleichgewicht hervorgebracht würde. Vielmehr wenn, wie der Verfasser selbst fordert, überhaupt Freiheit seyn und diese auch nur in der Möglichkeit bestehen soll, gegen die im Flusse befindliche Vorstellung andere hervorzurufen, so muß jener Zustand der Besonnenheit gerade nur ihr Werk seyn. Aber nicht bloß negativ, als hemmende Thätigkeit gegenüber der vermeintlich positiven, unabhängigen Macht der Vorstellungen darf sie aufgefaßt werden, sondern vielmehr sie ist das Positive, die herrschende Macht des Bewußtseins, welche ebensowohl die Seite der Intelligenz, als die Seite des Willens zu Sphären ihrer Thätigkeit hat. Es ist allerdings auch eine unwillkührliche Thätigkeit des Vorstellens anzunehmen, wobei das Objekt nicht ausdrücklich vom Ich als Gegenstand des Vorstellens gesetzt und die Bewegung des Gedankens nur an sich eine freie ist, weil es gar nicht zu der konkreten Form des Selbstbewußtseins kommt. Allein hierüber bemerkt Vatke

(s. o.) mit Recht, daß es keinen Beweis gegen die an und für sich seiende Einheit der theoretischen und praktischen Seite der Intelligenz abgeben könne, vielmehr aus dem immanenten Verhältniß der Momente der Intelligenz zu einander sich erkläre, sofern jenes Vorstellen entweder nur der endlichen Seite der Intelligenz angehöre und seine Momente daher in der Gesammtbewegung des Geistes ausser der lebendigen Einheit mit dem in sich allgemeinen Ich stehen, oder aber die Bewegung des Denkens nur insofern unwillkührlich heiße, als sie aus einer Gewohnheit hervorgehe; daß aber das Subjekt seiner freien Thätigkeit in diesem stetigen Gange sogleich inne werde, wenn derselbe irgendwie unterbrochen werde, wo denn das scheinbar Unwillkührliche sich als die Kontinuität der Freiheit selbst ergebe. Da nun der Verf. bei Gelegenheit der halbbewußten Vorstellungen und Strebungen im Wesentlichen dasselbe sagt, so ist es um so mehr zu bedauern, daß er den Begriff der Freiheit gerade beim Eintritt in die Region des vollen Bewußtseins nicht festzuhalten gewußt hat. Indem er nun aber den Willen wenigstens als die hemmende Thätigkeit, als Präservativ gegen das unbesonnene Ueberschnappen einzelner Vorstellungen in Strebungen angesehen wissen will (was, wie gesagt, nicht einmal konsequent ist), so ergreift er damit wenigstens eine Seite des richtigen Verhältnisses; er macht den Willen, wenn nicht zum konstitutiven, doch zum regulativen Princip des geistigen Lebens. Eben damit aber bahnt er sich den Weg zur wesentlich richtigen Bestimmung der Seelenkrankheiten.

Er unterscheidet zwei primäre Formen des Wahnsinns, Schwermuth und Tollheit, und sekundäre, worunter er den Blödsinn stellt. Das Wesen der ersteren findet er darin, daß das Gemüth leide, d. h. daß eine Abweichung

vom psychischen Tonus, vom Zustand der Besonnenheit stattfinde, daß Abnormität in der Zerstreuung der Vorstellungen und deren Uebergang in Strebungen eintrete; und zwar seien bei der Schwermuth diese Vorgänge übermäßig gehemmt, bei der Tollheit dagegen übermäßig erleichtert. „Die primäre Veränderung bei der Schwermuth trifft vor Allem den Uebergang der Vorstellungen in Strebung; die Hemmung dieses Uebergangs wird als tiefe Störung des innersten Selbst, wie sie dies auch wirklich ist, empfunden, und die Kranken zeigen sehr oft, wie gut sie den angegriffenen Punkt kennen, indem sie sich über absolute Willenlosigkeit beklagen. — Bei der Tollheit zeigt sich umgekehrt eine wesentlich erhöhte Zerstreuung der Vorstellungen und ein oft bis zum Maßlosen erleichterter Uebergang derselben in Strebungen. Die Vorstellungen ziehen in schnellem Flusse unhaltbar vorüber, jede regt wieder andere an, Altes und Neues, längst eingeschlafene Erinnerungen und reiche Bilder der Zukunft kommen herauf und fliehen vorbei. Aber jede dieser Vorstellungen weckt auch immer neue Strebungen, welche meist eben so rasch das Bewußtsein passiren, von denen sich aber doch mitunter einzelne fixiren. Das Individuum fühlt sich geistig reicher und freier, von Muth und rücksichtsloser Energie erfüllt. Die erregten Strebungen äussern sich häufig auch in vermehrten Muskelaktionen, der Kranke spricht viel und schnell, deklamirt, singt, schreit, läuft hastig umher und begeht allerlei auffallende Handlungen; dabei ist meist die Eßlust und der Geschlechtstrieb erhöht ꝛc. ꝛc." Dabei wird bemerkt, daß es bei beiden Krankheitsformen nicht lang daure, bis die ursprüngliche Affektion sekundäre, dem Hemmungs- oder Steigerungszustande entsprechende, dauernde Veränderungen in den Vorstellungen, hier Gedanken an verlorne Seligkeit, Höllenqual, Verwandlung

in ein häßliches Thier ꝛc., dort Gedanken an Millionen, Diamanten, Ehren und Eroberungen, erzeuge. Der Verf. giebt zwar zu, daß das Gehirn nicht bloß primär, sondern auch durch sympathische Reizung von andern Organen (namentlich von den Genitalien) aus erkranken könne, ferner daß auch bei primärer Erkrankung des Gehirns Hyperämie häufig die Rolle einer entfernteren organischen Ursache zu spielen scheine. Dagegen erklärt er sich ausdrücklich gegen die somatische Theorie. „Wir vermögen nicht nur im Wahnsinn selbst weder ein Leiden der Bauchganglien, noch des Herzens, der Pfortader oder des Darmkanals zu erkennen, sehen vielmehr die krankhaften Zustände andrer Organe nur als entferntere Ursachen, häufig als Folgen der Gehirnaffektion oder als bloße Komplikationen an, sondern wir glauben auch der Seele selbst kein Unrecht zu thun und nichts ihrer Unwürdiges zu behaupten, wenn wir gerade sie in ihrem Innersten im Wahnsinn für erkrankt halten.“

Wie überhaupt, so ist auch hier das Bestreben des Verf. anzuerkennen, allen Dualismus zu verbannen, und man kann es sich um diesen Preis gefallen lassen, wenn er sogar noch materialistischer auftritt, als die hergebrachte somatische Theorie. Diese nämlich, sofern sie die Erkrankung niederer Organe als die Ursache der Seelenstörungen angibt, erklärt entweder den Geist für eine wesentlich andere Substanz, als die Materie, indem sie sich vorstellt, daß jener das Ding an sich sei, von dem wir überhaupt nichts wissen können, oder sie läugnet seine Existenz geradezu, was auf dasselbe hinauskommt, da das bloße Abstrahiren von einer Sache eben ihre Anerkennung involvirt. Jedenfalls bleibt es unbegreiflich, wie durch ein Leiden der Bauchganglien, der Pfortader ꝛc. zugleich das Leben einer wesentlich anderen Substanz erkranken soll,

sei nun diese ausdrücklich oder nur stillschweigend anerkannt. Gegenüber solcher Unzulänglichkeit ist es immer schon von Werth, wenn die Doppelheit der Substanzen nur überhaupt geläugnet wird, sei es auch auf die Weise, daß der Geist es sich gefallen lassen muß, unter der Firma der Seele sich für organisirte Materie ausgegeben zu sehen. Diesen Fortschritt macht der Verf., indem er das Gehirn unmittelbar als Organ von Intelligenz und Willen bezeichnet und folgeweise die Störung der Intelligenz und des Willens in einer Krankheit eben dieses Organs selbst begründet findet. Ohne Zweifel ist es auch eine viel richtigere Auffassung des Wesens der Seelenstörungen, als bei der somatischen Theorie, wenn dieselben nicht als eine bloße Negation der geistigen Thätigkeit, sondern als eine positive Alteration derselben in ihrem innersten Kerne angesehen werden, was eben wieder nur dann möglich ist, wenn die Einheit des Organismus festgehalten wird. Daß nun aber gleichwohl, und worin diese Darstellung sich irrt, das liegt im bisher Ausgeführten. Darin nämlich, daß der Verf. die Einheit der geistigen und leiblichen Seite des Organismus, die nur als vermittelte zu fassen ist, als unmittelbare nimmt, daß die dialektische Peripetie, die im Bewußtsein liegt, für ihn nicht vorhanden oder, wenn auch angedeutet, doch nicht ausgeführt ist. Ihm bleibt der Geist überall nur die an sich seiende Entelechie des Leibes, deren Fürsichwerden er nicht begreift, daher er denn die Thätigkeit, die erst der Geistgewordenen Seele zukommt, nur dieser zuschreibt, sie damit zu einer mehr oder weniger nothwendigen organischen Funktion macht und unmittelbar in's Gehirn verlegt. Sieht man aber von diesem Mißverständnisse ab, so kann man die Ansicht des Verf. über die Seelenstörungen nur willkommen heißen. Denn das Wesen derselben liegt allerdings in der Unmit-

telbarkeit des Selbstgefühls, in dem das Moment der Geistigkeit und das der Leiblichkeit ungeschieden in einander sind, und das selbst ein besonderes ist. Gerade weil der Geist seine Substanz in der Seele als der subjektiven Einheit seines leiblichen Organismus hat, kann auch seine Thätigkeit als Geist gestört werden. Eine derartige Störung muß aber als eine solche nachgewiesen werden, und es genügt dazu keineswegs der Nachweis von krankhaften Zuständen körperlicher Organe. Um mit dem Verf. zu reden, es muß die Krankheit in dem Vorstellungs- und Strebungs-Organ selbst (welches freilich nicht das Gehirn unmittelbar seyn kann) aufgezeigt und alle andern Ursachen dürfen nur als entferntere oder bloß scheinbare betrachtet werden. Wenn er nun näher das Wesen der psychischen Krankheit einerseits in einer Hemmung, andererseits in einer maßlosen Steigerung der psychischen Thätigkeit findet, so läßt sich auch dies im Wesentlichen richtig finden, da es nach des Verf. eigenem Ausdruck auf den Verlust der Besonnenheit oder der Freiheit hinausläuft. Der Unterschied ist nur, daß wir diese Besonnenheit für das Produkt des Ichs und wirklicher Freiheit halten, der Verf. aber unter Freiheit eigentlich ihr Gegentheil versteht und in dem gedachten Zustand wenigstens relativ ein Produkt organischer Nothwendigkeit sieht. Hievon abgesehen, ist ohne Zweifel das Wesen der Seelenstörungen eben der Verlust des Maßes; es besteht darin, daß das Subjekt in einer Besonderheit seines Selbstgefühls gefangen bleibt, die es nicht zur Idealität zu verarbeiten und zu überwinden vermag, (Hegel Encyklop. §. 408). Diese nicht flüssige, der systematisirten Totalität des Bewußtseins nicht untergeordnete Besonderheit kann nun allerdings in der doppelten Art störend wirken, daß entweder vorzugsweise der Wille gelähmt

oder vorzugsweise die theoretische Thätigkeit über alles Maß gesteigert wird. In beiden Formen liegt als das Gemeinsame der Widerspruch zwischen der Allgemeinheit des Selbstbewußtseins und seiner Besonderheit, und sie unterscheiden sich darin, daß das eine Mal die Allgemeinheit durch die Besonderheiten (Tollheit), das andremal die Besonderheit durch die Allgemeinheit (Schwermuth) absorbirt wird. Sofern der Verf. Seele und Geist identificirt, spricht er allerdings mit Unrecht von einer Seelenkrankheit. Er verbessert den Fehler aber selbst wieder, indem er das Wesen dieser Krankheit in dem Verluste der Besonnenheit und geistigen Freiheit findet. Denn allerdings liegt es darin, daß der freie Geist in die Bestimmtheit der Seele, des substantiellen Ansichseins, seines Schlaf- und Traumzustandes zurücksinkt. Der Geist, als frei, ist für sich solcher Krankheit nicht fähig; sie ist eine Krankheit des Psychischen, ungetrennt des Leiblichen und Geistigen, wobei der Anfang mehr von der einen oder von der andern Seite auszugehen scheinen kann. (Hegel a. a. O.). — Eben dies liegt nun auch in der Darstellung des Verf., wornach das Vorstellungs- und Strebungsorgan entweder primär oder durch sympathische Reizung von andern Organen aus erkranken kann, in welchem Falle sich, wie er bemerkt, die merkwürdige Erscheinung zeigt, daß bald dem Hemmungszustande der Bestrebungen entsprechende neue Vorstellungen trauriger Art, meist von bizarrem Gepräge, wie die des Traums, entstehen. Diese Bemerkung gilt uns nur als eine allgemeinere, nämlich auch für den Fall, wo das Gehirn primär erkrankt ist. Denn so unbedenklich man mit Erdmann [1]) behaupten kann, daß das Gehirn in man-

1) Vergl. J. Müller Physiologie des Menschen. II. S. 507.

cher Beziehung der Seele wesentlicher sei, als ein andres Organ, daher man es denn auch eben in solchen Beziehungen als das eigentliche Organ der Seele bezeichnen mag, so darf doch in keinem Fall das Gehirn als unmittelbares Organ für Intelligenz und Willen, und es muß die Seele überhaupt als die einfache, im ganzen Organismus allgegenwärtige Allgemeinheit gefaßt werden, — eine Vorstellung, die auch dem Verf. nicht fremd ist. Endlich nennt auch der Verf. den Wahnsinn nur eine vorzüglich auffallende und länger andauernde Alienation der Vorstellungen und Strebungen, setzt also die Möglichkeit seiner Heilung voraus, die darin bestehen muß, daß der mittlere psychische Tonus, der Zustand der Besonnenheit, und eben damit die geistige Freiheit wiederhergestellt wird. Er erkennt hiemit den Satz an, daß der Wahnsinn nicht abstrakter Verlust der Vernunft, sondern nur Widerspruch in der noch vorhandenen Vernunft ist. Eben damit stimmt er aber den oben ausgeführten Grundsätzen über die Imputation bei, sofern dort gesagt ist, 1) daß nur durch eine in der Seele wirklich wahrnehmbare permanente (länger andauernde) Störung die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben werde, daß aber zu diesem Behufe auch der wirkliche Nachweis einer Krankheit der Seele selbst erforderlich sei, mithin die Angabe bloß somatischer Ursachen als Gründe für den Verlust der Freiheit niemals genüge, 2) daß auch bei den permanenten Seelenstörungen nicht von einem schlechthinigen Verlust der Freiheit gesprochen werden kann, vielmehr dieselbe stets noch als der Potenz nach vorhanden angenommen werden muß, daher die Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit immer nur für eine einstweilige gelten kann. — Auf die Frage, ob es einen partiellen Wahnsinn und ob es im totalen Wahnsinn lichte Zwischenräume gebe, läßt sich

der Verf. nicht ein [1]). Diese Frage ist jedoch für das Strafrecht von untergeordneter Bedeutung. Denn, wenn man auch die Ansicht, daß der Wahnsinn nur Widerspruch in der vorhandenen Vernunft sei, streng festhält und hiernach zwar alle mit den fixen Ideen in Zusammenhang stehenden Handlungen für unzurechenbar erklärt, dabei aber ausser diesem Kreise die Möglichkeit einer Zurechnungsfähigkeit auch bei Wahnsinnigen nicht abstrakt verwerfen kann, so kann doch eine solche Zurechnungsfähigkeit für keine kriminalistische gelten, da die fraglichen Handlungen, wenn sie auch als freie gelten müssen, doch Handlungen eines Seelenkranken bleiben, der zwar Schuld, aber nie strafbare Schuld auf sich laden kann. Berner a. a. O. S. 161. 173. [2]).

§. 91.

Der Unterschied der Freiwilligkeit von der Unfreiwilligkeit ist kein fester, da er die noch unvermittelte Einheit der Subjektivität und Objektivität zum Gegenstand hat, und die Handlung dabei nur in ihren Elementen aufgefaßt wird. Es ist damit nur erkannt, daß a) die Vermittlung des Willensmoments mit dem Thatmomente die Handlung zu einer freiwilligen, d. h. überhaupt zu einer wahren Handlung, dagegen b) das Aufgehobenseyn jener Vermittlung die Handlung zu einer unfreiwilligen macht, d. h. den Begriff der Handlung selbst aufhebt. Hiebei stehen sich die Elemente der Handlung, die Subjektivität und die Objektivität derselben, noch als fremd und gleichgiltig gegenüber, als Dinge, die entweder beisammen, oder auch von einander getrennt seyn können. Indem es aber eben als Begriff der Handlung erkannt wird, aus so disparaten Elementen zu bestehen, so erscheint die Freiwilligkeit nur

1) Vergl. jedoch denselben a. a. O. Bd. III. S. 69 ff.
2) Friedreich im N. Arch. XIV. S. 258—272.

als Möglichkeit, von der auch ihr Gegentheil stattfinden kann; ja bei der ursprünglichen Fremdheit beider Elemente gegen einander ist klar, daß in der Freiwilligkeit selbst, als der noch unvermittelten Einheit derselben, das Princip der Unfreiwilligkeit liegt. Die Handlung ist daher ihrer Natur nach ebensowohl unfreiwillig, als freiwillig, — sie ist eine Mischung beider Principien.

Anm. — Wenn Michelet Moral S. 34—39 eine besondere Klasse gemischter Handlungen heraushebt, so erscheint dies nur als eine sinnreiche Spielerei, zu welcher keine innere Nothwendigkeit vorliegt. Auch ist in der That die Parallele der erzwungenen, der durch innerlichen Reiz determinirten und der affektvollen Handlungen mit den unfreiwilligen Handlungen durch Gewalt, Irrthum und durch Naturgewalt vermittelten Irrthum eine ziemlich gezwungene. Ueberdies aber sind die einzelnen Momente gar nicht glücklich gewählt. Denn in der ganzen Sphäre der Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit handelt es sich nur um das Verhältniß der Subjektivität der Handlung zu ihrer Objektivität überhaupt, keineswegs aber um die verschiedenen Modifikationen, die an dem einen oder dem andern Momente für sich eintreten können; und offenbar sind doch Zwang und andre innere Bestimmungsgründe eben nur solche, die bloß die subjektive Seite der Handlung für sich, nicht aber deren Verhältniß zur äusseren Objektivität angehen. Nur vom Affekt kann zugegeben werden, daß er eine eigenthümliche Schuldstufe begründe; aber in dieser Beziehung gehört er erst in die Lehre vom dolus. Die Sache selbst aber ist allerdings vollkommen richtig, daß im Begriff der Handlung überhaupt, als einer Einheit disparater Elemente, beide Principien, das des Freiwilligen und das des Unfreiwilligen liegen. Darin beruht nicht allein der

Grund, warum in den oben angeführten Fällen der Begriff der Handlung schon formell als aufgehoben, mithin die That als unzurechenbar betrachtet werden muß, sondern es liegt darin auch die Forderung der Behutsamkeit, theils für den handelnden Menschen, theils für den eine zum Unglück ausgeschlagene Handlung beurtheilenden Richter.

§. 92.

In dem Begriffe der Handlung als einer gemischten liegt das wechselseitige Uebergehen ihrer beiden Momente in einander, so daß an jedem derselben zugleich das andere als mitgesetzt erscheint. Denn, wie in der Freiwilligkeit die ursprüngliche Verschiedenheit des subjektiven und des objektiven Moments nicht aufgehoben, sondern nur gebunden erscheint, so liegt in der Unfreiwilligkeit immer noch die Möglichkeit der Einheit beider Momente. Der Grund davon liegt in der Unmittelbarkeit dieses Gegensatzes. Denn eben, weil die Einheit in der Freiwilligkeit eine nur äusserlich aufgefaßte, der Unterschied in der Unfreiwilligkeit kein innerlich vermittelter ist, so fallen beide als Seiten Eines Ganzen zusammen und drücken nur die verschiedene Mischung der Elemente der Handlung aus, deren Begriff als einer unmittelbaren Totalität das eine Mal einfach gesetzt, das andre Mal einfach negirt wird. Dadurch scheint nun das Wesen der Zurechnung selbst in die Unbestimmtheit zu gerathen. Allein dieser Schein vermittelt nur den Uebergang zu einem weitern Stadium des Begriffs der Handlung. Indem nämlich jene Unbestimmtheit ihren Grund in der Unmittelbarkeit hat, worin die Handlung bisher als existirende Einheit oder Aufgehobensein ihrer Elemente betrachtet wurde, so muß der Fortgang in der Auflösung eben dieser Unmittelbarkeit, mithin darin bestehen, daß jedes der beiden Elemente sich für sich als selbständige Totalität geltend macht, welche, mit dem Bewußtsein ihres

Unterschieds von dem entgegengesetzten Elemente, dieses als Moment an sich selbst setzt.

Anm. — Dieser Uebergang ist von Michelet sehr richtig vollzogen, wenn gleich ihm weiterhin in der Entwicklung der beiden Seiten der Handlung nicht beigestimmt werden kann. Warum Berner jenen Uebergang vernachläßigt und einen andern Weg eingeschlagen hat, dafür läßt sich kein zureichender Grund einsehen. Der Salto mortale auf den Begriff des dolus und der vollendeten Handlung kann nicht als Ausdruck der von ihm ganz mit Recht geforderten Selbstbewegung des Begriffs gehalten werden.

B. Die beiden Seiten der Handlung, als Totalitäten für sich.

1. Die Subjektivität.

§. 93.

Die Subjektivität der Handlung, in sich reflektirt gegen ihre objektive Seite, ergibt zunächst a) das Wissen um den abstrakten Gegensatz zwischen beiden Seiten, der seine Erscheinung an dem Gegensatz zwischen dem Vorsätzlichen und Zufälligen hat; allein dieser abstrakte Gegensatz hebt sich b) auf in den Begriff des Versehens, welches den Willen auch für das nicht Gewollte verantwortlich macht, sofern er wenigstens die reale Möglichkeit desselben gewollt hat. Indem aber hiermit die Subjektivität die Unwahrheit ihrer Abstraktion von der Objektivität der Handlung erfährt, geht sie c) im Begriff der Absicht mit ihr zur vermittelten Einheit zusammen.

a) Vorsatz und Zufall.

§. 94.

Der Unterschied von Vorsatz und Zufall ist nichts als der in das Subjekt reflektirte Unterschied von Freiwillig-

keit und Unfreiwilligkeit. D. h. Indem das Subjekt sich seiner selbst, als des Handelnden, bewußt wird und hiemit sich als Subjekt gegen die objektive Aussenwelt in formeller Differenz weiß, so kann es die Einheit, welche die Freiwilligkeit, und deren Gegentheil, welches die Unfreiwilligkeit ausmacht, nur als eine durch sich (das Subjekt) selbst vermittelte betrachten. Indem es aber diese subjektive Vermittlung setzt, so wird ihm das Freiwillige zum Vorsätzlichen, das Unfreiwillige zum Nichtvorsätzlichen oder Zufälligen. Denn Vorsatz ist das Gewollte, sofern der Wollende den in der Objektivität ausgeführten Zweck als identisch mit dem zuvor innerlich gesetzten, vorgesetzten Zwecke weiß. Zufall dagegen ist (§. 90) der zum Bewußtsein gesteigerte Widerspruch zwischen dem Wissen und Wollen einerseits und dem Geschehenen andrerseits.

§. 95.

Der Vorsatz (propositum), als eine durch das Subjekt vermittelte und für das Subjekt seiende Einheit des Willensmoments mit dem Thatmomente, ist eine höhere Stufe, als die Freiwilligkeit. Auf dieser Stufe erscheinen denn auch die Elemente der Handlung in einer wesentlich anderen Modifikation. Zuvörderst nämlich erscheint der Wille als eine der Handlung vorausgehende selbständige Existenz, die sich als solche durch Wahrnehmung, Berathschlagung und Beschluß bethätigt. Sodann steht die Objektivität als Boden der Handlung dem Subjekte jetzt in veränderter Weise, nämlich nicht mehr als gleichgiltiges Aggregat einzelner Gegenstände, sondern als ein kollektives Ganzes, ein Inbegriff von Seiten und Umständen gegenüber, welches eben in dieser seiner zur Einheit strebenden Mannigfaltigkeit den Gegenstand der Wahrnehmung und den Stoff der Berathschlagung ausmacht. Endlich aber ist nun die Kopula zwischen Willen und That eine durch das Subjekt mit Bewußtsein gesetzte, sein Entschluß, in welchem es sich selbstthätig gegen die Objektivität aufschließt,

und den Beschluß seiner Berathung zum objektiven Dasein entäussert.

Anm. — Vergl. Michelet a. a. O. S. 41—46. Wie Berner S. 180 die Entwicklung des Vorsatzes durch die Stadien der Berathschlagung, des Beschlusses und des Entschlusses annehmen, und gleichwohl S. 183 den impetus zum Vorsatze rechnen kann, ist nicht wohl zu begreifen. Mit romantischen Phrasen, wie: daß hier das Moment der Berathung (das der Wahrnehmung ist ganz übersehen geblieben) durch den Affekt gleichsam überstürzt und überflügelt werde, ist einer besonnenen Dialektik um so weniger gedient, als, wie auch Wirth richtig anerkennt, gerade das bewußte Wollen, welches das eigentlich Vorsätzliche ist, im Momente des Affekts sogar nicht möglich ist.

§. 96.

Den direkten Gegensatz des Vorsätzlichen bildet das Unvorsätzliche oder Zufällige, gegen welches das Subjekt sich völlig negativ stellt, als gegen ein mit seinem Wissen und Wollen im offenen Widerspruche stehendes Geschehen. Indem nämlich das aus der Unmittelbarkeit der Handlung in sich reflektirte Subjekt sich selbst als das Princip der Einheit oder des Auseinanderfallens ihrer Elemente betrachtet, so weist es jedes äusserliche Geschehen, es sei nun ein einfaches in sich, oder trete bloß als Folge einer wirklichen Handlung auf, von sich ab, sobald es ein solches ist, das sein Wille nicht zuvor in ihm selbst gesetzt hatte. Denn eben deshalb urtheilt das Subjekt, daß es selbst nicht Princip dieses Geschehens seyn könne, sondern daß dieses Princip in dem ihm ursprünglich fremden Elemente der Objektivität gelegen haben müsse, sei es nun, daß die Naturmacht in Form der Gewalt, oder mittelst Erzeugung eines falschen Scheins im Wissen des Subjekts gewirkt habe. Der Zufall ist aber wiederum ein engerer Be-

griff, als das Unfreiwillige überhaupt, sofern er das Bewußtsein des Widerspruchs zwischen beiden Seiten der Handlung, mithin die Nichteristenz des Bewußtseins einer mittelbaren Kausalverbindung zwischen beiden voraussetzt.

Anm. — Vergl. Michelet S. 51—54, wo sich aber der Irrthum findet, daß Naturgewalt stets Zufall begründe, während doch von ihr dasselbe gesagt werden muß, wie vom Irrthum, d. h. daß man für die dadurch veranlaßten rechtsverletzenden Erfolge verantwortlich bleibt, sobald man, sich ihrer Einwirkung in dieser Richtung ausgesetzt zu haben, sich selbst zur Schuld zurechnen muß.

§. 97.

Der abstrakte Gegensatz der beiden Seiten der Handlung jedoch, wie er vom Subjekt in dem Unterschiede des Vorsatzes und des Zufalls firirt wird, kann nicht festgehalten werden. Denn, indem dasselbe im Vorsatze sich selbst als die bestimmende Einheit für das Mannigfaltige an der objektiven Seite der Handlung behauptet, so setzt es hiemit die Forderung an sich selbst, diese Einheit auch wirklich zu seyn, d. h. seine der Handlung vorhergehende Reflerion auch in der That zu einer allgemeinen zu machen. Wenn nun die Handlung in's Dasein tritt, und statt der vom Subjekt voraus berechneten ganz andere, oder neben den berechneten andre nicht berechneten Umstände eintreten, die einen dem Vorsatze entgegengesetzten Erfolg herbeiführen, so zeigt sich jetzt, daß das handelnde Subjekt jene Forderung nicht erfüllt, seiner Reflerion nicht die nöthige Allgemeinheit gegeben hat. Denn hiezu wäre erforderlich gewesen, zu bedenken, daß die Umstände, auf welche der Wille einzuwirken gedachte, vermöge des allgemeinen Weltzusammenhangs mit vielen andern, insonderheit mit den nachher wirklich eingetretenen in Verbindung stehen, welche daher auch in die Berathschlagung hätten aufgenommen werden sollen. Es ergibt sich mithin nun, daß diese hinzugetretenen

Umstände möglicherweise hätten voraus eingesehen und erwogen werden können. Sobald aber dies feststeht, so hören sie auf, zufällige Folgen zu seyn, und erscheinen als mögliche Folgen, d. h. deren Wissen dem Subjekte möglich und die selbst durch die vom Subjekte wirklich mit Vorsatz vollführte Handlung als realmögliche Folgen gesetzt waren. Es zeigt sich, daß das Subjekt in einem Irrthum gehandelt hat, allein in einem solchen, den es hätte abwenden können, und welchen nicht abgewendet zu haben ihm zur Schuld zugerechnet werden muß. Diese Schuld ist das Versehen (culpa).

b. Das Versehen.

§. 98.

In dem Begriffe des Versehens ist die abstrakte Trennung des Subjektiven und Objektiven, wie sie in dem Gegensatz zwischen Vorsatz und Zufall liegt, aufgehoben und das in sich reflektirte Subjekt mit der objektiven Seite wieder in Beziehung gesetzt, sofern es sich wenigstens mittelbar als Princip des hervorgetretenen Erfolgs anzusehen hat. Die Einheit ist aber eben darum nur eine relative und unvollkommene. Das Willensmoment und das Thatmoment decken sich nicht, es liegt eine Handlung vor, in welcher das Thatmoment über das Willensmoment das Uebergewicht hat, so jedoch, daß kein Theil der objektiven Seite vom Willen sich ablöst, vielmehr diese in der Totalität der Handlung gehalten bleibt.

Anm. — Die letztere Bestimmung ist von Berner S. 234—237 richtig hervorgehoben und eine sinnreiche Vergleichung mit dem Konate angestellt, bei welchem das Umgekehrte stattfindet, daß nämlich das Willensmoment über das Thatmoment überwiegt. Gleichwohl reichen diese Bestimmungen keineswegs hin, der dialektischen Entwicklung des Schuldbegriffs zu Hebeln zu dienen, da

in ihnen weder das Wesen der culpa noch das Wesen des Konats zum Vorschein kommt. Von Michelet hier abzuweichen, lag um so weniger ein Grund vor, da gerade das Wesen der culpa von ihm sehr treffend dargestellt ist. S. 58—64.

§. 99.

Im Wesen des Versehens liegt: 1) daß dasselbe immer aus einem Fehler des Wissens, einem Irrthum hervorgeht, 2) daß dieser Irrthum vermeidlich war, daher es nun eben 3) eine Fahrläßigkeit des Subjekts ist, denselben nicht vermieden zu haben und dadurch Princip des rechtsverletzenden Erfolgs, zwar nicht als unmittelbarer, aber doch als mittelbarer Folge seiner Handlung geworden zu seyn. Das Versehen besteht daher — im wesentlichen Unterschiede vom Vorsatz — stets in einem negativen Verhalten des Willens. Gleichwohl liegt in diesem Negativbösen auch ein Positivböses, nämlich das Wissen und Wollen der Bedingung, aus welcher ein rechtsverletzender Erfolg sich als realmögliche Folge entwickelt.

Anm. — Auch beim Versehen ist, wie beim Vorsatze, ein Wissen und Wollen vorhanden, aber ein solches, das nicht identisch ist mit der objektiven Existenz der Handlung; — sondern ein Wissen und Wollen nur der Bedingung, welche die reale Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolgs enthält. Wer nun die Bedingung weiß und will, der soll auch wissen, was aus dieser Bedingung als reale Möglichkeit folgt (obligatio ad diligentiam). Eben hier aber bricht bei dem kulpos Handelnden das Wissen in Folge der Trägheit des Willens ab. Da nun die Bedingung die eine wesentliche Seite einer Sache ist (die Wirklichkeit ist die andre), diese Bedingung aber auch von dem kulpos Handelnden gewußt und gewollt wurde, so ist auch das

Versehen ein Verbrechen [1]). — Richtig bemerkt Michelet: „Der Irrthum, der hier in Betracht kommt, ist der vermeidliche. Wann aber der Mensch Princip des Irrthums sei, wann nicht, kommt eben auf den einzelnen Fall an und ist aus dessen Natur zu beurtheilen. Daß allgemeine Regeln für ihn nicht ausreichen (ausser da, wo der Irrthum selbst noch durch Mittelursachen, wie Schlaf, Trunkenheit, Affekt, hervorgebracht wird), bekennt auch Aristoteles, indem Erfahrung und verständige Abschätzung allein hier zu entscheiden habe. Spricht nun diese das Schuldig aus, so muß, da der Wille Princip ist, irgend eine innere Disposition des Handelnden das Auffassen der Umstände verhindert haben, und, insofern ein Name für dasselbe verlangt wird, bietet sich der Vorstellung Nachläßigkeit oder Fahrläßigkeit dar. Also erst, wenn Jemanden Umstände verborgen blieben, obgleich er seine Aufmerksamkeit anstrengte, sie aufzufassen, ist er frei von aller Schuld [2]).“ Gegen diese Ansicht vom Versehen ist neuerdings Luden [3]) aufgetreten, indem er behauptet, daß gerade das Geschilderte nicht kriminelle culpa sei,

1) Stübel N. Arch. VIII. S. 295—308. will den Begriff der culpa aus dem Kriminalrechte ganz verbannt haben, weil er mit v. Almendingen läugnet, daß es überall eine Beziehung des Willens auf ein negatives Verhalten des Bewußtseins gebe. Deshalb will er im kulposen Vergehen nur die gefährliche Handlung, und konsequenter Weise auch ohne eingetretenen Erfolg, gestraft wissen; insbesondre aber nur die gefährliche Handlung aus Leichtsinn, während gegen die gefährliche Handlung aus Unbedachtsamkeit nur polizeiliche Sicherungsmittel anwendbar seyn sollen. Von dieser Ansicht geht denn im Wesentlichen auch das östreichische Gesetzbuch aus. Jenull östr. krim. Recht. I. S. 65 ff. Eine Vermittlung versucht Oersted Grundregeln S. 251, 252.

2) Mittermaier Note 1. zu Feuerbach §. 55. Gärtner finium culpæ in jure crim. regund. 1836.

3) Handbuch §. 38. Abhandl. II. S. 296 ff.

diese vielmehr in etwas ganz Andrem bestehe, was wir unsrerseits gar nicht mehr als culpa, sondern als Mittelglied zwischen dolus und culpa ansehen. Während nämlich der hier aufgenommene Begriff des Versehens theils der aller neueren Kriminalisten, theils auch der unsrer neuen Gesetzgebungen ist, nur daß dann in der Regel wieder zwischen bewußter und unbewußter culpa unterschieden, und mit ersterem Gliede über das Wesen der culpa hinausgegangen wird [1]), so soll nach Luden die culpa eben nur in diesem Weiteren liegen, was, wie unten gezeigt werden soll, keineswegs mehr reine culpa ist. Recht hat er nun zwar darin, wenn er die abstrakte Reduktion der culpa auf einen Verstandesfehler verwirft, Unrecht aber darin, wenn er mit dem Momente des negativbösen Willens das Gleiche thut. Er sagt: damit sei offenbar noch nicht erklärt, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg in dem Willen des Handelnden gelegen habe; wenn aber nicht gerade der hervorgebrachte Erfolg auf den Willen des Handelnden zurückgeführt werden könnte, so könnte nicht von bestimmten kulposen Verbrechen (Töbtung, Brandstiftung ꝛc.) die Rede seyn [2]), sondern nur von einem Verbrechen des Handelns mit dem Willen, nicht die gehörige Aufmerksamkeit und Sorgfalt anzuwenden. Allein diese Einwendung trifft ja keineswegs die Bestimmung der culpa als eines negativ bösen Willens, sondern vielmehr nur die allerdings unrichtige Ansicht Feuerbachs, welcher zur culpa ein vorsätzliches Uebertreten des die obligatio ad diligentiam einschärfenden Gesetzes verlangt. Die Einwendung müßte also jedenfalls anders lauten,

1) Vgl. auch Rossi II. S. 203. Carmignani II. S. 201. Hellie V. S. 470.

2) Vgl. die Auffassung von Stübel N. Arch. VIII. S. 236 ff, der diesen Gesichtspunkt konsequent durchführt.

nämlich dahin, daß man nur von einem Verbrechen des nicht Aufmerkenwollens reden könnte. Auch so aber ist sie ganz unbegründet. Luden fordert, es müsse erklärt werden, daß gerade der wirklich hervorgebrachte Erfolg im Willen des Handelnden gelegen habe, die Tödtung rc. Dies, meint er, könne nicht der Fall seyn, wenn die kulpose Rechtsverletzung gerade als die nicht gewollte bestimmt werde. Hier übersieht er wieder, daß unter: nicht gewollt nur: nicht direkt gewollt, nicht vorsätzlich gemeint ist. Daß aber culpa und dolus unterschieden seien, giebt er selbst zu. Indessen zeigt gerade seine Forderung, daß er diesen Unterschied sich nicht klar gedacht haben kann. Denn so, wie sie lautet, führt sie offenbar auf den dolus. Es müsse, sagt er, auch bei der culpa der rechtsverletzende Erfolg im Willen gelegen haben, nur nicht direkt, sondern indirekt, d. h. so, daß der Handelnde sich den Kausalzusammenhang nicht als nothwendig, sondern nur als möglich vorgestellt habe. „Bei dieser Vorstellung ist es nicht möglich, die verbotene Handlung mit Bestimmtheit zu wollen; dagegen könnte gar nicht von strafbarer culpa die Rede seyn, wenn sich nicht nachweisen ließe, daß derselben, ungeachtet sie nicht Absicht ist, der Wille zu Grunde liegt, die verbotene Handlung zu begehen," d. h. mit andern Worten: die culpa ist nicht direkter dolus, wohl aber indirekter. Denn, sobald der Wille in positivem Verhältnisse zum Erfolg gedacht wird, so ist zwar nicht immer direkte Absicht (Vorsatz), immer aber Absicht vorhanden. Der Unterschied von nothwendiger und bloß möglicher Folge ist an und für sich ganz richtig; aber das Falsche liegt darin, daß Luden die Vorstellung der möglichen Folge fordert, wodurch die culpa sogleich in den dolus übergeht. Was er ganz übersieht, das ist der Begriff der mittelbaren Folge, auf

den hier Alles ankommt. So lang wir den Willen als direktes Princip der Folge haben, er denke sich diese als nothwendig oder bloß als möglich, stehen wir im Kreis der Absicht; diesen verlassen wir erst dann, wenn wir den Willen bloß als mittelbares Princip der Folge setzen [1]). Warum sollte aber eine bestimmte Folge, Tödtung rc. nicht mittelbar auf den Willen als Princip zurückgeführt werden können? Den kulpos Tödtenden sehen wir ja gerade nicht deshalb für strafbar an, weil er tödten wollte, sondern deshalb, weil er so unglücklich war, wider Willen zu tödten. Wir imputiren gerade die objektive Qualität der That seinem Willen nicht; es ist wenig Unterschied, ob er getödtet, Brand gestiftet oder welchen Schaden er sonst hervorgebracht hat, wenn gleich die Größe des Schadens auf das Maß der Strafe von Einfluß ist. Die innere Natur des kulposen Delikts wird durch den Gegenstand nicht modificirt. Gleichwohl ist gerade das Gegentheil dieser Behauptung die falsche Voraussetzung, von welcher Luden ausgeht. Uebrigens macht derselbe auch bei dieser Lehre wieder eine bedeutende Koncession, wenn er sagt: die Vorstellung, welche zur culpa gehöre, habe der Handelnde in jedem Falle, in welchem er sich nicht vorstelle, daß kein Kausalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und der verbotenen Handlung stattfinde, ohne sich dabei vorzustellen, daß derselbe bestimmt stattfinde. Auch hier sehen wir ihn wieder mit der linken Hand zurückgeben, was er mit der rechten genommen hatte. Zum Begriff der culpa soll die Vorstellung der möglichen Folge gehören; andrerseits soll diese Vorstellung stets als vorhanden an=

1) Letzteres erkennt freilich auch die gewöhnliche Theorie nicht an, sofern sie eine bewußte culpa annimmt. S. Mittermaier Note zu Feuerbach §. 56. Dasselbe nennen Andre culpa proxima. S. Wächter I. §. 80 N. 59. Grolman §. 48. Henke I. S. 359.

genommen werden, wenn nur nicht der Handelnde die Vorstellung vom Gegentheil gehabt habe. Wie soll sich damit der Einwurf reimen, den Luden der gewöhnlichen Theorie entgegenhält, „daß der nicht wirklich vorhergesehene Erfolg nicht in dem Willen des Handelnden gelegen haben könne, wenn er auch von ihm hätte vorhergesehen werden können und müssen? Er selbst präsumirt ja die Vorstellung der möglichen Folge, sobald nur nicht der Handelnde beweist, daß er die Vorstellung vom Gegentheil gehabt habe. In dieser Präsumtion liegt ja aber gerade die getadelte Zumuthung an den Handelnden, daß er die Vorstellung von der möglichen Folge hätte haben sollen, oder daß er sie gehabt haben müsse. Ebenso unbegründet ist die Behauptung, daß nach der gewöhnlichen Theorie die Grenze der kriminellen culpa nur in den Begriff der mäßigen Sorgfalt gelegt werden könne. Wenn Luden diese Bestimmung tadelt, so hat er Recht, und eben daher auch darin, daß er sich bestrebt, den Anfangspunkt der strafbaren culpa der in das Privatrecht gehörenden Abstraktion zu entnehmen, und denselben durch Zurückführung auf die Individualität konkret zu machen. Allein daß er dazu das rechte Mittel gewählt habe, ist sehr zu bezweifeln. Praktisch ist sein Mittel gewiß nicht. Denn er stellt Alles auf den vom Handelnden zu führenden Beweis, daß er sich gar keinen schlimmen Erfolg als möglich gedacht habe. Da nun aber dieser Beweis nie oder nur im seltensten Falle wirklich wird geführt werden können, so wird nach Luden das „bewußte Nichtwissen" präsumirt und culpa angenommen werden müssen auch in solchen Fällen, wo die gewöhnliche Theorie es nicht thut. Die neue Ansicht wird also gerade das, was sie vermeiden will, auf eine noch bedenklichere Weise herbeiführen. Aber auch theoretisch empfiehlt sich dieselbe keineswegs. Denn einmal giebt sie

sich nur irrig als neu aus, sofern sie, wie gesagt, so gut als die gewöhnliche Ansicht eine obligatio ad diligentiam aufstellt („da man nur solche Handlungen vornehmen soll, von welchen man sich vorstellt, zu wissen, daß keine verbotene Handlung damit begangen werde"), und von dem Handelnden, sobald er nur diese Vorstellung gehabt zu haben nicht beweisen kann, annimmt, er habe sich in bewußtem Nichtwissen befunden, d. h. er habe sich die schlimme Folge als möglich vorstellen müssen. Sodann ist sie zwar allerdings relativ neu, sofern sie als Seitenstück zu der ehemaligen praesumtio doli nun auch noch eine praesumtio culpæ aufstellt; aber eben dieses Geschenk wird die Wissenschaft als ein zweideutiges zurückweisen müssen. Sie ist mithin 1) unrichtig, sofern sie die culpa durch ein Moment bestimmt, das wesentlich den dolus bezeichnet, und konsequenterweise zur Verwandlung der culpa in dolus führen müßte; dieser Konsequenz sucht sie nun allerdings zu entgehen, wird aber dadurch 2) inkonsequent, sofern sie an die Stelle der positiven Vorstellung der möglichen Folge den negativen Ausdruck setzt, wodurch sie wieder in das Gebiet der gewöhnlichen Theorie zurückfällt, 3) geht sie aber über dieses wieder hinaus, sofern sie das bewußte Nichtwissen, d. h. die Uebertretung der obligatio ad diligentiam solang präsumirt, als nicht der Handelnde einen fast unmöglichen Beweis führen kann. Unmöglich ist nämlich der geforderte Beweis, sobald man es irgend genau damit nehmen will, was man doch stets als Voraussetzung annehmen muß. Denn Niemand kann beweisen, daß er sich bei irgend einer Handlung jede mögliche schlimme Folge positiv als ausgeschlossen gedacht habe. Will man dann konsequent seyn und in Ermanglung dieses Beweises bewußtes Nichtwissen annehmen, so ist die Folge, daß man auch rein zufällige Folgen zur

culpa zurechnen muß. — Um wie viel richtiger ist auch hier die gewöhnliche Ansicht, sobald man nur die Bestimmung der „mäßigen“ Sorgfalt als eine ungehörige aus dem Strafrechte ausweist, und die sogenannte bewußte Fahrläßigkeit vorläufig ausscheidet! Die unbewußte culpa der gewöhnlichen Ansicht ist gerade das charakteristische Dritte zwischen Vorsatz und Zufall. Sie enthält kein Moment des dolus in sich, sie läßt sich aber auch von dem Gebiete des casus sehr bestimmt abgrenzen. Daß letzteres nicht auf abstrakte Weise geschehen dürfe, hat Luden richtig eingesehen. Aber ebenso unrichtig ist es, den Beweis vom Handelnden zu fordern, der nach Luden zu fordern wäre. Vielmehr ist in jedem konkretem Falle zu untersuchen, ob diesem bestimmten Individuum nach seinem Maß von Einsichten die Zumuthung gemacht werden könne, daß es die Folge hätte voraussehen können und sollen[1]), wo denn allerdings z. B. eine kulpose Vergiftung bei einem Apotheker statuirt werden muß, während bei einem andern Subjekte in demselben Falle der Erfolg vielleicht als reiner Zufall erschiene. Niemals wird daher culpa präsumirt, sondern es muß dem Handelnden bewiesen werden, daß der Erfolg nicht als zufälliger betrachtet werden könne, daß es ihm nach dem Maße seiner Einsichten unter den konkreten Umständen möglich gewesen wäre, denselben vorher zu bedenken, und daß er durch die Unterlassung dieser Reflexion die im vorliegenden Fall begründete obligatio ad diligentiam übertreten habe. Dabei wird aber nicht dieser Schuld der unterlassenen Reflexion auf zweideutige Weise die Präsumtion der positiven Vorstellung von der Möglichkeit der Folge (worin sogar eine praesumtio doli liegt), untergeschoben, sondern das, worauf Luden erst durch einen Umweg kommt, von

1) Oersted Grundregeln S. 236.

vorn herein als das Wesen der Sache ausgesprochen. — Hiemit soll übrigens keineswegs die hergebrachte Theorie über die culpa in Bausch und Bogen vertheidigt werden, wie sich unten noch näher ergeben wird.

§. 100.

Da es das Wesen des Versehens ist, aus einem Irrthume zu entspringen, welchen nicht vermieden zu haben, dem Willen zur Schuld zugerechnet werden kann, so ist seine Grenze gegen den Zufall relativ. Es kann dem einen noch als Versehen zugerechnet werden, was dem Andern als Zufall nicht mehr zuzurechnen ist. Denn die Frage, ob ein Irrthum vermeidlich gewesen sei, kann immer nur nach der Subjektivität des Handelnden und den Umständen des konkreten Falls entschieden werden. Die Grenze läßt sich daher nur negativ so angeben, daß der Handelnde wegen Versehens dann nicht verantwortlich ist, wenn ihm als solchem unter den vorliegenden Umständen nicht zugemuthet werden konnte, daß er den eingetretenen Erfolg als eine realmögliche Folge seiner Handlung voraus in seine Reflexion hätte aufnehmen sollen. So wenig sich aber eine schlechthin bestimmte Grenze zwischen Versehen und Zufall bezeichnen läßt, ebensowenig können absolute Grade des Versehens angegeben werden, und zwar aus demselben Grunde. Dieselben könnten nämlich nur hergenommen werden von der größeren oder geringeren Leichtigkeit, die Folge vorauszusehen. Allein darüber läßt sich objektiv nichts voraus bestimmen, weil die Wahrscheinlichkeit eine durchaus relative, nach der Subjektivität sich richtende Bestimmung ist. Allein nicht einmal für die einzelne Subjektivität giebt es Grade des Versehens, sofern man unter Grad eine durch qualitative Differenz fixirte Quantitätsbestimmung versteht. Denn es lassen sich zwar unendlich viele quantitative Abstufungen denken, aber nirgends ein Umschlagen dieser in qualitative Differenz. Das Versehen im Strafrecht unter-

scheidet sich hiedurch wesentlich von dem Versehen des bürgerlichen Rechts, bei welchem letzteren eine solche Eintheilung in Grade (culpa lata und levis) deshalb allerdings möglich ist, weil bei dem, allem bürgerlichen Rechte zu Grunde liegenden, negativen Verhalten der Person zu andern Personen allerdings ein Mittelmaß der Aufmerksamkeit sich angeben läßt, nach welchem das Verhalten der einzelnen Subjektivität, die als solche dem bürgerlichen Rechte gleichgiltig ist, gemessen und unter verschiedene Grade der Verantwortlichkeit in Beziehung auf den Schadensersatz rubricirt werden kann.

Anm. — Die Lehre von den Graden des Versehens ist gewöhnlich deshalb verworren, weil man sich den Unterschied von culpa und dolus nicht gehörig zum Bewußtsein bringt. Es hat das ganze Kapitel von dolus und culpa seine für die gegenwärtige Doktrin zur Norm gewordene Bearbeitung von den Matadoren der kritischen Philosophie in der Rechtswissenschaft erhalten, insbesondre von Grolman und Feuerbach, deren Bestreben nothwendig dahin gehen mußte, Begriffe der culpa aufzustellen, die mit einer relativen Strafrechtstheorie harmoniren könnten. Je schwieriger es nun ist, das wahre Wesen der culpa in einer Verhütungs- oder Abschreckungstheorie, überhaupt in irgend einer Theorie unterzubringen, die durch das äussere Strafgesetz auf den Willen wirken will, um so mehr Scharfsinn mußte bei jenem Bestreben, aber freilich erfolglos, aufgewendet werden. Denn es wird sich unten ergeben, daß durch die Bestimmungen von Grolman und Feuerbach der wesentliche Unterschied von culpa und dolus keineswegs richtig festgestellt und eben deshalb auch die Frage nach den Graden der culpa unrichtig beantwortet worden ist, sofern sie Momente, die offenbar zum dolus gehören, irriger Weise noch unter die culpa rubriciren. Diesen Mangel hat auch Berner

S. 244* an Feuerbach richtig entdeckt, gleichwohl aber durch dessen Beispiel sich bestechen lassen, noch zwei Grade des Versehens (übereinstimmend mit dem Wirtembergischen Strafgesetzbuch) zu unterscheiden, von denen der eine durchaus nicht mehr der culpa angehört. Sieht man hievon ab, so ist der Satz, daß es innerhalb der culpa durch Unbedachtsamkeit, welche allein reine culpa ist, keine Grade geben könne, von ihm in Uebereinstimmung mit Michelet S. 65 [1]) — ganz richtig ausgeführt. Nur den letzten Grund, warum in specifischem Unterschiede vom Civilrechte das Strafrecht keine Gradationen des Versehens statuiren kann, heben beide nicht hervor. Er liegt eben darin, woraus auch folgt, daß der Anfangspunkt der strafbaren culpa durchaus nur relativ bestimmt werden kann, nämlich darin, daß es sich im Strafrechte im= immer nur um die bestimmte Subjektivität, nicht um diese im Verhältniß zu andern Personen handelt, für die Subjektivität aber und ihre Fähigkeit, Irrthümer zu vermeiden, keine abstrakte Grenze gesetzt werden kann, und eben daher auch keine allgemein giltigen Grade des Versehens, ja überhaupt keine sich angeben lassen [2]). Ganz anders ist dies im Civilrechte, wo die Subjektivität als solche indifferent ist, und Alles sich um das Verhalten der Person zu andern Personen, nach dem Principe der gleichen Wil=

1) Wenn Mittermaier Not. 1. zu Feuerbach §. 58 sagt, die Unmöglichkeit, die culpa auf bestimmte Grade zurückzuführen, sei allgemein eingesehen, so ist dieß nur hinsichtlich des Unterschieds von culpa lata und levis richtig, nicht aber hinsichtlich des Unterschieds zwischen bewußter und unbewußter culpa, der doch auch ein Gradunterschied ist. Ja selbst in jener Hinsicht nicht ohne Ausnahme; s. Wächter I. §. 80. n. 58. u. die dort Angef.

2) Vergl. Weber im N. Arch. VII. S. 561. 562. A. M. das Bair. Strafgb. §§. 56. 68. Dagegen aber Oersted Grundregeln S. 256—269.

lensgeltung, dreht. Hier ist es eben um dieses Verhältnisses willen möglich und nöthig, einen allgemein giltigen Maßstab festzusetzen, nach welchem sich Grade der culpa unterscheiden lassen. Wie Berner sagen mag, daß diese Unterscheidungen nicht im Wesen der Sache, sondern auf einer äusserlichen Relativität beruhen, ist nicht einzusehen. Gerade aus dem Wesen der verschiedenen bürgerlichen Rechtsverhältnisse geht es hervor, daß bei ihnen verschiedene Arten von Sorgfalt gefordert werden, bald nur die, welche selbst einem minder Sorgfältigen zuzumuthen ist, bald die Normalsorgfalt eines guten Hausvaters, bald wenigstens soviel Sorgfalt, als man in seinen eigenen Geschäften zu beobachten pflegt. Da nun diese Arten von Sorgfalt zugleich der Größe nach unterschieden sind, und jedesmal das, was über die geforderte Sorgfalt hinausfällt, zum nicht imputablen Zufall gerechnet wird, so giebt es hier verschiedene Grade von culpa. Dabei ist allerdings die sogenannte culpa in concreto relativer Natur, indem bei ihr die Subjektivität des Handelnden berücksichtigt werden muß. Allein der wesentliche Unterschied vom Strafrechte ist der, daß in den Fällen der diligentia, quam quis suis, die eben nur im Kreise obligatorischer Verhältnisse vorkommen, nicht die Subjektivität an und für sich, sondern dieselbe in Vergleichung mit dem allgemeinen Maßstabe zur Erwägung kommt. — Daß bei dem Versehen im Strafrecht keine Grade unterschieden werden können, giebt auch Luden Handb. S. 269 — 271 richtig an; nur liegt der Grund nicht in dem von ihm aufgestellten Begriffe der culpa, sondern in dem Satze, den er bei Anführung der hergebrachten Theorie ausspricht, daß es nicht wohl möglich sei, die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit eines Erfolges nach bestimmten Graden abzumessen, zumal da

es immer nur darauf ankommen könnte, wie wahrscheinlich oder unwahrscheinlich derselbe dem Handelnden nach seiner individuellen Einsicht gewesen sei. — Aus dem Wesen des Versehens lassen sich mithin weder Grade, noch ein allgemein giltiger Anfangspunkt seiner Zurechenbarkeit ableiten. Eine andre Frage ist aber die, ob es für den Staat nicht rathsam, ja ob er nicht schuldig ist, eine Grenze festzusetzen [1]), was jedoch nicht in die Lehre von der Zurechnung gehört.

§. 101.

Das Versehen drückt einen geringeren Schuldgrad aus, als der Vorsatz. Denn während bei diesem die subjektive Seite der Handlung mit ihren beiden Momenten, dem Wissen und dem Willen, der objektiven entspricht, Wille und That sich decken, so ist im Versehen ein Ueberschuß des Thatmoments über das Willensmoment enthalten; der Handelnde wußte und wollte nicht die wirkliche Existenz des rechtsverletzenden Erfolgs, sondern wollte nur dessen Bedingung, seine reale Möglichkeit; seine Schuld ist es aber, daß er diese Möglichkeit nicht auch in sein Wissen erhoben hat, was ihn abgehalten haben würde, die Bedingung einer solchen mittelbaren Folge zu wollen. Bei objektiv gleichem rechtsverletzenden Erfolge liegt also beim Versehen nur ein theilweises Entsprechen von Willen und That vor, während dieses Entsprechen bei der vorsätzlichen Handlung vollständig ist. Zugleich ist aber klar, daß das Versehen dann in Vorsatz übergeht, wenn das bloß mögliche Wissen zum wirklichen erhoben, d. h. der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung und der mittelbaren Folge wirklich eingesehen und mit diesem Wissen gehandelt wurde.

Anm. — Daß das Versehen einen geringeren Schuld-

---

1) Vergl. vorläufig Bauer Abh. I. S. 288. Oersted Grundregeln. S. 234 — 237. Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 55.

grad ausdrückt, als der Vorsatz, liegt in dem Wesen dessen, was bei ihm in die Zurechnung fällt und was nur einen Theil von demjenigen bildet, worauf sich beim vorsätzlichen Verbrechen die Zurechnung erstreckt. Von dem relativen Maße der Strafbarkeit beider zu reden, ist dagegen hier nicht der Ort [1]). — Ueber den Uebergang der culpa in den dolus eventualis s. Michelet S. 64 [2]). Uebrigens wird sich unten ergeben, daß es noch eine näher liegende Form giebt, in welcher das Versehen, ohne völlig in dolus zu übergehen, doch etwas von seiner Natur in sich aufnimmt und, neben der Form des impetus, eine eigenthümliche Mittelstufe zwischen der reinen culpa und dem reinen dolus bildet.

§. 102.

In dem kulposen Verbrechen liegt der Uebergang vom Kriminalvergehen in das Polizeivergehen. Auch dieses besteht in dem Wollen einer Handlung, aus welcher als mittelbare Folge sehr leicht eine Rechtsverletzung entstehen kann. Allein zwischen beiden findet gleichwohl ein sehr wesentlicher Unterschied Statt. Die Polizei hat es nämlich überall nicht mit dem An sich Unrechten und dem wirklichen Unrecht zu thun, sondern lediglich mit dem Wohle, zu welchem Behufe sie als Sicherheitspolizei unter Anderm auch solche Handlungen bei Strafe verbietet, welche, an sich indifferent, die reale Möglichkeit des Unrechts in sich tragen. Derlei Handlungen sind nun allerdings in der Regel dieselben mit denjenigen, aus welchen das kulpose Vergehen entspringt. Aber sie gehören eben vor die Polizei nur dann, wenn es bei der bloßen Möglichkeit des Unrechts geblieben ist, während sie der Rechtspflege dann zufallen, wenn sich das wirkliche Unrecht daraus entwickelt hat.

---

1) Oersted. Grundregeln. S. 252 — 255.

2) s. auch Mittermaier Not. zu Feuerbach §. 56.

Zwar scheint von der gerechten Bestrafung des bloß versuchten vorsätzlichen Verbrechens eine Einwendung gegen den Satz hergenommen werden zu können, daß es die Rechtspflege nur mit dem existent gewordenen Unrechte zu thun habe. Allein diese Einwendung fällt vor der Einsicht, daß der irgendwie in That übergegangene Vorsatz bereits über die bloße Möglichkeit des Unrechts hinausgeschritten und in das Stadium seiner Existenz eingetreten ist, während umgekehrt der kulpose Wille solang, als das Unrecht nicht objektiv existent worden ist, bloße Möglichkeit desselben bleibt, und eben deshalb nicht die Rechtspflege, sondern nur die Rechtspolizei angeht. Das kulpose Verbrechen setzt deshalb voraus, daß die rechtsverletzende Folge wirklich in die Existenz getreten sei. Erst durch diesen wirklichen Effekt erhält die kriminelle Zurechnung desselben einen Inhalt, ja sie wird dadurch überhaupt erst möglich, da ohne einen solchen die Frage gar nicht entstehen könnte, ob der Wille des Handelnden negativböse gewesen sei, ob er diese Folge als eine mittelbare Folge seiner Handlung hätte voraussehen können. Darum ist denn auch die Zurechnung bei dem Polizeivergehen eine wesentlich andre, als bei dem kulposen Verbrechen. Bei jenem wird dem Handelnden seine Handlung nur als eine dem Wohl gefährliche, es wird ihm nicht das mittelbar darin enthaltene an sich Unrechte zugerechnet; und eben um des ersteren Moments willen läßt der Staat, der solche Handlungen ausdrücklich verbietet und für möglichste Verbreitung des Verbots sorgt, mit Recht beim Polizeivergehen Vorsatz und Fahrläßigkeit sich indifferenziren. Dagegen wird beim kulposen Kriminalvergehen gerade umgekehrt das mittelbar in der gefährlichen Handlung enthaltene an sich Unrechte zugerechnet. Der innere Grund der Zurechnung ist freilich in beiden Fällen derselbe, nämlich das Negativbösesehn des Willens, wodurch er die positive Bedingung für mittelbar entstehendes Unrecht wird. Aber gerade weil dieser negativböse Wille nur negativbös, nur die

reale Möglichkeit des Unrechts ist, so muß die Zurechnung eine verschiedene werden, je nachdem diese Möglichkeit bloße Möglichkeit bleibt oder die Wirklichkeit aus sich entbindet.

Anm. — Michelet S. 72. 79. giebt über diesen Punkt Andeutungen, die ihre theilweise Berichtigung und Ergänzung im Vorstehenden finden. Auch bei Berner S. 231. 232. findet sich die Sache selbst richtig angegeben, nur ohne den rechtfertigenden Grund. Eben daher kommt es auch, daß er das Oestreichische Gesetzbuch wegen seiner Verweisung der culpa in das Gebiet der Polizeiübertretungen relativ mit Unrecht tadelt. Denn, wenn es gleich sehr richtig ist, daß kulpose Handlungen (und zwar nicht nur unter gewissen Bedingungen, wie B. sagt) wahre Rechtsverletzungen sind, so möchte man doch eben hievon den Grund wissen und den Unterschied von kulposen Verbrechen und Polizeivergehen etwas genauer, als bloß mit der Angabe der verschiedenen Zwecke der Justiz und Polizei, begründet sehen, um somehr, da, wie Michelet treffend angiebt, das kulpose Vergehen eben den Uebergang von den Kriminalvergehen in die Polizeiübertretungen bildet. Gerade die Einsicht in die relative Identität der kulposen und der Polizeivergehen würde dann aber dazu geführt haben, das Verfahren des östr. Gesetzbuchs gerechter zu würdigen, obgleich im Resultate freilich mit den Tadlern übereingestimmt werden muß. — Von Stübel in der scharfsinnigen Abhandlung im N. Arch. VIII. S. 236 — 323 [1]) sind eben die im §. angegebenen Momente verkannt.

§. 103.

Die Handlung, wie sie im Versehen erscheint, steht nicht mehr in bloß formeller Einheit mit dem Willen als sein bloßer

---

1) Vergl. Oersted. S. 249 — 252.

selbstloser Wiederschein, wie es bei der vorsätzlichen Handlung der Fall ist. Sie erscheint aber auch nicht mehr so in sich gebrochen, wie beim Zufall, daß nur einige ihrer Seiten dem Willen angehören, andre aber nicht; vielmehr gewinnen beim Versehen alle Momente der Handlung eine Beziehung zum Willen und stellen dadurch die im Zufall gebrochene Allgemeinheit derselben wieder her, allein nun nicht mehr so, daß diese Allgemeinheit der willkührliche Zusammenhang subjektiver Reflexion ist, wie beim Vorsatz, sondern so, daß sie als objektiver Zusammenhang an dem Thatmomente erscheint. Diese objektive Allgemeinheit ist nun aber nichts Anderes, als die Substanz der Handlung selbst, die sich in den einzelnen Thatmomenten, den Umständen und Folgen als in ihren Accidenzen und nothwendigen Wirkungen bethätigt. Sofern der Wille nun eben diese allgemeine Qualität, die innere Natur der Handlung selbst auffaßt, und diese äusserlich zu verwirklichen strebt, ist er nicht mehr Vorsatz, sondern Absicht.

Anm. — Abegg. §. 83. Zus. findet gerade den Ausdruck Vorsatz (propositum) am geeignetsten für die Bezeichnung des dolus, und weist den Ausdruck Absicht deshalb ab, weil hiemit das Verhältniß des Willens zum Zwecke, dessen Mittel der Erfolg seyn solle, bezeichnet werde. Allein, so indifferent auch der Wortstreit erscheint, sobald man sich nur über den Inhalt verständigt hat, der mit beiden Worten bezeichnet werden soll, so ist es doch philosophisch unrichtig, wenn Abegg den dolus gerade durch den Vorsatz richtiger bezeichnet findet, als durch Absicht. Und nicht nur philosophisch, sondern auch positivrechtlich. Denn es soll künftig nachgewiesen werden, daß zwar allerdings der dolus des römischen Rechts dem Ausdruck Vorsatz genau entspricht, dagegen der dolus in der Auffassung des deutschen Rechts ein weit reicherer, und konkreterer, weil durch das Gebiet der vom römischen

Rechte noch keineswegs in ihrem vollen Wesen gewürdigten culpa hindurchgegangener Begriff ist, der seinerseits dem Ausdruck Absicht entspricht. Nur freilich muß man nicht Absicht und Zweck identificiren, sondern nur das darunter verstehen, was darunter verstanden werden muß, und was von Hegel §. 119 sehr treffend herausgehoben ist. — Dem Vorsatz ist die Willkührlichkeit der subjektiven Reflexion wesentlich, wodurch die objektive Seite der Handlung als das ganz Selbstlose und Passive gesetzt wird. Daher ist auch die Allgemeinheit in der vorsätzlichen Handlung keine objektive, in sich selbst begründete, sondern eine bloß formelle, durch die Willkühr der subjektiven Reflexion bestimmte. Die Totalität der vorsätzlichen Handlung erstreckt sich eben nur soweit, als das Wissen und Wollen des Subjekts geht. Gesetzt also, es setzte sich einer vor, einen Andern in's Herz zu stechen, und er tödtet ihn durch die Ausführung dieses Vorsatzes, so ist der Stich in's Herz, nicht aber die Tödtung eine vorsätzliche Handlung. Es wird zwar Jedermann die Tödtung dem Handelnden zurechnen; aber dies kann eben nur geschehen, indem man dem beschränkteren Begriffe des Vorsatzes den weiteren Begriff der Absicht substituirt. Man glaube aber nur nicht, daß es mit der Ungenauigkeit in den Begriffen nicht viel auf sich habe. Die praktischen Folgen bleiben nicht aus, und es giebt dafür nichts Lehrreicheres, als das Studium der Kammerverhandlungen über die modernen Strafgesetzbücher. So kann z. B. aus den Verhandlungen der Wirtembergischen Abgeordnetenkammer sehr gut nachgewiesen werden, wie man oft genug den Begriff der Absicht auf der Zunge hatte, und gleichwohl bei dem einmal von vorn herein angenommenen Feuerbachischen Standpunkt gerade in den kritischen Fällen sich nicht anders zu helfen wußte, als

indem man in offenbarem Widerspruch mit der theoretischen Grundlage des Gesetzbuchs mittelst der Strafbestimmungen das der Wahrheit gemäße Resultat herausbrachte. — Die Einseitigkeit des Vorsatzes erzeugt den direkten Gegensatz desselben, den Zufall. Während bei jenem die objektive Seite der Handlung als selbstlos in der subjektiven verschwindet, so macht sie sich beim Zufall umgekehrt als unabhängig von dem Wissen und Wollen des Subjekts geltend; es tritt darin die ursprüngliche Fremdheit der Objekte in ihrer ganzen Schroffheit hervor. Am Zufalle mithin wird das freie Subjekt gedemüthigt; es lernt, daß es ihm nicht gegeben sei, die endliche Welt schlechthin zu bestimmen, sondern daß es sich ebensowohl ein Bestimmtwerden durch sie gefallen lassen müsse. Diese Wahrheit tritt eben in dem Momente der kriminellen culpa praktisch an das Subjekt heran. Das Recht des Subjekts, nur das als das Seinige anzuerkennen, was es wissentlich als das Seinige gesetzt hat, erleidet die wesentliche Beschränkung, daß es auch dasjenige als das Seinige anerkennen muß, was es zwar nicht gewußt hat, aber indem es sich zum Handeln anschickte, hätte wissen können und sollen. Die Allgemeinheit der Handlung tritt somit schon im Versehen von der subjektiven Seite auf die objektive herüber. Der Handelnde soll an die Folgen seiner Handlung denken. Es ist nicht genug, keine bösen Vorsätze zu fassen, sondern man soll sich auch anstrengen, nicht unvorsätzlich zu Verbrechen zu kommen. Dies soll man eben dadurch leisten, daß man sich nicht mit der willkührlichen Allgemeinheit der Reflexion, wie sie im Vorsatze liegt, begnügt, sondern sich bemüht, die objektive Allgemeinheit in der Handlung selbst aufzufassen, die Handlung selbst sich als ein Ganzes zu denken, das seine Theile, als eine Ursache, die ihre Wirkungen, ihre nothwendigen und mög-

lichen Folgen hat. Dies ist eben die obligatio ad diligentiam, die von dem kulpos Handelnden übertreten wird. Diese objektive Allgemeinheit der Handlung selbst nun, wornach sie als die Substanz ihrer einzelnen Umstände, als die Ursache ihrer Wirkungen, als ein wirklicher, lebendiger Begriff, eine Totalität für sich erscheint, diese ihre innere Natur und allgemeine Qualität macht das Substrat für den Begriff der Absicht aus. So hat in dem vorgedachten Falle die Handlung des in's Herz Stechens die allgemeine Qualität der Aufhebung des lebendigen Organismus, der Tödtung an sich, d. h. ein Vorsatz zum ersteren muß nothwendig die Absicht zu tödten in sich schließen. Hier ist denn also die Handlung nicht mehr ein willkührliches Aggregat von Umständen, sondern sie hat ein inneres Band, einen in sich nothwendigen Zusammenhang von Umständen und Folgen, die ihr eigenthümlich angehören, und die nun eben ihren Thatbestand ausmachen (wäre man genauer und begriffsschärfer in der Bestimmung des Thatbestands der einzelnen Verbrechen, so würde man dies ebenso natürlich finden, als man es findet, daß der Kauf, die Miethe solche objektive, substantielle Totalitäten sind, die ihre allgemeine Natur überall und unter allen Umständen behalten und zu ihrem Zustandekommen eben die Absicht der Kontrahenten, dieses ihr eigenthümliches Wesen hervorzubringen, voraussetzen). — Der Begriff der Absicht ist es, um den sich der Fortschritt in der Strafrechtswissenschaft drehen muß, wie er sich seiner Zeit geschichtlich darum gedreht hat. Denn man kann kurz und treffend sagen, daß die Feuerbach-Grolman'sche Schuldlehre, die, trotz aller Modificationen in einzelnen Punkten wesentlich die Grundlage der herrschenden Doktrin bildet, dem Standpunkte des römischen Rechts entspricht, während es der durch das deutsche Recht gemachte Fortschritt zum

Begriffe der Absicht ist, den die Wissenschaft nothwendig nachholen muß, wenn sie nicht hinter dem Leben zurückbleiben will. Es wird sich unten zeigen, daß die scharfsinnigen Anhänger der Reflexionsphilosophie bei ihrer Ausbildung der Schuldlehre auf ihrem, dem Reflexionsstandpunkte des römischen Rechts entsprechenden, Gedankengebiete vollkommen in ihrem Rechte waren. Wie aber die neuere Doktrin, nachdem sie die præsumtio doli, das Requisit der Kenntniß des Strafgesetzes beim dolus und andre wesentlichen Elemente jener Lehre aufgegeben hat, gleichwohl immer noch dieselbe als allgemeine Grundlage beibehalten mag, das gehört zu den Dingen, die man kaum begreifen kann. Indessen wird sich ergeben, daß die hier vorzutragende Ansicht gleichwohl auch in den gegenwärtigen Schuldlehren, namentlich auch in denselben, wie sie in die neueren Gesetzgebungen übergegangen sind, mehrfache Anknüpfungspunkte findet, die nur zerstreut umherliegen und zu einem organischen Ganzen zusammengefaßt zu werden, das Bedürfniß haben.

C. Die Absicht.

§. 104.

Der Wille als Absicht (dolus)[1]) hat zu seinem vorausgesetzten Gegenstande nicht mehr ein in sich loses Aggregat von äussern Umständen, sondern ein wesentliches Ganzes, so daß Alles, was in Folge der Absicht an dem objektiven Dasein verändert wird, als Bestandtheil oder nothwendige Folge der Handlung sich darstellt. Der Gegenstand der Handlung ist nun nicht mehr das äussere Ding oder der Inbegriff mehrerer solcher äusseren Dinge, sondern ihr eigener Begriff als ein Ganzes, das seine nothwendigen Bestandtheile und Folgen hat

1) Literatur s. bei Wächter I. §. 78. N. 51. Feuerbach §. 54. not. 6.

und in deren Existenz nur sich selbst als deren allgemeine Qualität offenbart. Eben daher erscheint nun auch das Bewußtsein nicht mehr bloß, wie beim Vorsatze, als wahrnehmende Reflexion, sondern als der Verstand, der das Wesentliche an den äusseren Gegenständen erkennt und als seine eigenen Bestimmungen daran vorfindet. Die Willensbestimmung endlich richtet sich eben auf diese allgemeine Qualität der Handlung, auf das, was ihren Begriff ausmacht.

Anm. — Die für sich seiende Allgemeinheit, welche nunmehr der objektiven Seite der Handlung zukommt, erscheint theilweise äusserlich daran, daß das Objekt ein durch Natur oder Kunst verknüpftes Ganzes ist, wie das Leben, ein Gebäude oder dgl. Dies ist aber nicht nothwendig, wie denn z. B. die Handlung des Stehlens keinen solchen äusseren Gegenstand hat, an dem sie sich in ihrer Totalität reflektirte. Jede verbrecherische Handlung aber, sie mag ein Objekt haben, welches sie will, ist eine solche substantielle Totalität, von welcher man nicht die eine Seite setzen, die andre aber nicht setzen kann. — Zu der so beschaffenen Objektivität der Handlung aber verhält sich das Wissen des Subjekts nicht mehr bloß als wahrnehmende Reflexion, die durch subjektive Willkühr bestimmt ist, sondern als die nach der Natur der Gegenstände sich richtende, ihr inneres Gesetz auffassende und in sich selbst wiederfindende Reflexion, als Verstand. Dieses Bewußtsein greift also nicht mehr die eine oder andre abgerissene Seite der Handlung, den Stich in's Herz, das Anzünden eines Sparrens, die Besitzergreifung an einer fremden Sache 2c. auf, sondern das Allgemeine, was darin liegt, die Töbtung, Brandstiftung, Entwendung. Der Verstand ist es, welcher nach allgemeinen Gesetzen urtheilt und diese in ihm selbst gegenwärtigen, allgemeinen Gesetze auch an den äusseren Objekten vorfindet, so daß ihm diese Objekte

nicht mehr vereinzelte Erscheinungen sind, sondern Dinge an sich, an denen sich das Wesen der Allgemeinheit, das Gesetz der Gattung bethätigt [1]). — Mit der Art des Auffassens ändert sich aber nothwendig auch die Art des Bestimmens. Mit der einzelnen Seite der Handlung setzt der Wille nothwendig auch die Totalität derselben, der Vorsatz weitet sich bei jedem Denkenden von selbst zur Absicht aus; und ebenso stellt sich nach vollbrachter That die Gesammtheit des Hervorgebrachten, soweit es als in sich nothwendiger Zusammenhang erscheint, als absichtlich dar.

§. 105.

Im Begriff der Absicht ist mithin die Einheit der subjektiven und der objektiven Seite der Handlung, jedoch auf vermittelte Weise, wiederhergestellt. Willensmoment und Thatmoment sind im Gleichgewicht, sowie dies unten im Begriff der vollendeten Handlung sich wieder darstellen wird. Der Unterschied ist nur der, daß hier der Wille, bei der Vollendung aber die That die Stelle des Prädikats einnimmt. Hier ist jene Einheit als reflektirt in die subjektive Seite, als vermittelt durch den Willen, entstanden. In der Form der Absicht geschieht es nämlich, daß sich der Wille des Thatmoments in seiner Totalität bemächtigt, und in seiner Einheit mit demselben sich selbst gleich bleibt. Diese Einheit beider Seiten, als durch den Willen bestimmte, ist nun, 1) unmittelbar auch der Form nach dargestellt in der direkten Absicht, wo sie mit dem Vorsatz identisch ist; allein 2) diese formelle Identität kann sich auch zum Unterschiede beider verkehren, während gleichwohl die Einheit des Willens mit der That als Ganzem sich in dem objektiven Dasein der letzteren als ungebrochen reflektirt, und mithin, zwar nicht als direkte, wohl aber als indirekte Absicht erscheint. Indem es aber 3) der Wille ist, welcher

1) Hegel §. 119.

in dieser Vermittlung der subjektiven und der objektiven Seite der Handlung das Uebergreifende bildet, so nimmt er sich aus dieser Einheit wieder zurück und bestimmt sich, in sich selbst als Princip reflektirt, eben als das über die Handlung selbst Uebergreifende, als materielle Absicht oder Zweck fort.

α) Direkte Absicht.

§. 106.

Als direkte Absicht fällt die Absicht mit dem Vorsatze zusammen, was jedesmal der Fall ist, wo der Handelnde mit Ueberlegung und Nachdenken, nicht als sinnlich Einzelner gehandelt hat. Denn das Bewußtsein eines solchen kann gar nicht die verschiedenen Seiten der Handlung als Objekte unterschiedener Vorsätze auseinanderhalten, sondern muß, gemäß der Natur des Ichs, alle einzelnen Vorstellungen in den ideellen Punkt der Ichheit zusammenzufassen, nothwendig auch jene einzelnen Seiten der Handlung unter die Einheit ihrer allgemeinen Qualität zusammentreten lassen, d. h. dem Vorsatz die konkretere Qualität der Absicht geben.

Anm. — Treffend zeigt Michelet S. 86, daß dies gleicher Weise der Fall sei, möge nun der Gegenstand auch einen objektiven nothwendigen Zusammenhang gehabt haben, oder dieser nur durch den subjektiven Zusammenhang aller einzelnen Umstände im Bewußtsein ersetzt werden: „denn z. B. auch folgende vorsätzlichen Veränderungen vereinzelter Umstände, als: fremdes Eigenthum zu ergreifen, zu verbergen, nachher zu verbrauchen u. s. w., enthalten, wenn alle Umstände eben richtig aufgefaßt sind, das allgemeine Prädikat, Diebstahl zu seyn, und können nicht gedacht werden ohne die Absicht, zu stehlen." — Wenn nun gesagt wird, daß beim Menschen, als Denkendem, Vorsatz und Absicht immer zusammenfallen, so könnte man vielleicht den zwischen beiden aufgestellten Unterschied für

eine philosophische Spitzfindigkeit halten wollen. Allein es kann nachgewiesen werden, daß die Erkenntniß dieses Unterschieds nicht nur für die geschichtliche Entwicklung des Schuldbegriffs entscheidend, sondern auch von bedeutender praktischer Wichtigkeit ist, wie sich dies vornämlich bei dem Begriffe der indirekten Absicht und bei der Frage über den Beweis des dolus ergiebt. Mit der Forderung der Absicht ist nun Alles erschöpft, was zur vollen Zurechnung eines bestimmten Verbrechens gehört. Was in der Regel [1]) noch ferner von Requisiten des dolus angegeben wird, sind nur Nothbehelfe, welche der Mangelhaftigkeit der Definition des dolus aufhelfen sollen. Sie führen aber zu lauter Inkonsequenzen. Uebrigens bemerkt Michelet auch dies noch treffend, daß Vorsatz und Absicht auch empirisch auseinanderfallen können, weil nur beim denkenden Menschen die Veränderung einzelner Umstände nothwendig in die gewußte und gewollte Substanz der Handlung übergehe, diese Identität daher wegfalle, sobald der Mensch nicht als denkend betrachtet werden könne, z. B. im Zustande der Verrücktheit [2]).

§. 107.

Gegenüber den vorherigen Stufen der Zurechnung besteht der Fortschritt der Absicht darin, daß die Momente der Willensbestimmung, Bewußtsein und Wille im e. S. nun zur konkreten Einheit vermittelt sind. Auf der Stufe des Vorsatzes sind beide unterschieden und ihr Band ist allein der Zufall oder die ebenso zufällige Willkühr der subjektiven Reflexion. Im Zufall wird diese Differenz zum wirklichen Gegensatze, der im Versehen nur seine partielle und relative Aufhebung findet. Im Begriffe der Absicht findet aber diese Aufhebung

1) Mittermaier N. Arch. II. S. 521 ff.

2) Vgl. Hegel §. 120.

vollkommen statt. Denn die Seite des Bewußtseins ist hier als die vom Verstande ausgehende Zusammenfassung aller Seiten und Momente der Handlung zu ihrer wesentlichen Ganzheit, und ebenso die Seite des Willens als der Entschluß gesetzt, die Handlung gerade als dieses wesentlich Ganze, Allgemeine zu verwirklichen. Die erste Seite steht daher auch relativ nicht mehr der zweiten gegenüber, sondern wird ein nothwendiges Moment derselben. Eben damit ist aber auch der Gegensatz der objektiven und der subjektiven Seite der Handlung überhaupt, wie er noch im Vorsatze liegt, aufgehoben. Die allgemeine wesentliche Natur der Handlung ist derselbe Inhalt in beiden, nur mehr der Form nach unterschiedenen Seiten. Mit andern Worten: dem Rechte des Subjekts, sich nur das zurechnen zu lassen, was es als das Seinige gesetzt hat, ist nun mit ebenso begründetem Anspruche das Recht der Objektivität entgegengesetzt, von dem handelnden Subjekte, sofern es ein denkendes war, als gewußt und gewollt anerkannt zu werden. Daraus folgt, daß bei vorliegender Totalität einer in sich wesentlich einigen Handlung der Handelnde sich nie mit der Behauptung hinaushelfen kann, daß sein Vorsatz nur auf die Veränderung einiger Seiten der Sache gegangen sei. Der wesentliche Zusammenhang der Handlung selbst, der, wenn nur einige Seiten desselben im Bewußtsein lagen, nothwendig mit darin liegen mußte, widerlegt eine solche Behauptung und berechtigt dazu, dem Subjekte die Absicht in Beziehung auf die wesentliche Allgemeinheit der Handlung zuzurechnen.

Anm. — Hierin liegt, wie Michelet S. 88. richtig bemerkt, keine Gefährdung des Rechts der subjektiven Freiheit. „Denn, weil die allgemeine Qualität der Handlung nichts Sinnliches ist, was dem Menschen, wie die einzelnen Umstände, von aussen gegeben würde, sondern sein eigenes Innere, als eines Denkenden, so

liegt sie immer in ihm; es kommt nur darauf an, sie durch Ueberlegung und Nachdenken sich zum Bewußtsein gebracht zu haben; dies ist aber die höchste Pflicht des Menschen, da er nicht als sinnlich Einzelner, sondern als Denkender, Allgemeiner handeln muß." — Ebensowenig liegt aber etwa in dem Angegebenen die Aufstellung einer präsumtio doli, was hier umsomehr bemerkt werden muß, da Michelet sich von diesem Mißgriffe nicht ganz frei zu erhalten scheint. Vielmehr wird mit dem Gesagten nichts Anderes ausgedrückt, als die deutsche Ansicht vom Wesen des dolus, die auch bei den neueren Kriminalisten sich geltend macht, wenn sie den Beweis des dolus aus Indicien zulassen und von einem dolus ex re [1]) sprechen. Gleichwohl muß bedauert werden, daß die neuere Doktrin, welche auch den Satz, daß das deutsche Recht dem subjektiven Standpunkte des römischen gegenüber den objektiven hervorhebe, stets im Munde führt, sich den Zusammenhang der Begriffe keineswegs gehörig deutlich zu machen pflegt. Denn es ist leicht zu zeigen, daß die neueren Kriminalisten, so lang sie mit dem einen Fuße noch in der Feuerbachischen Schuldlehre stehen, insbesondere den dolus als Vorsatz definiren und mit dem Begriffe der culpa dolo determinata den Begriff der indirekten Absicht beseitigt zu haben glauben, ganz und gar kein Recht zu solchen Berufungen auf deutsche Rechtsansichten und halben Anerkenntnissen derselben haben, da vielmehr der Feuerbachische Standpunkt, wenn er irgend folgerichtig festgehalten werden will, von der verrufenen Zugabe der präsumtio doli abzugehen nicht erlaubt. Die Reflexionsphilosophie hatte an der her-

1) Bauer, Abh. I. S. 276. od. 277—283. Vergl. Mittermaier not. 1. zu Feuerbach. §. 60.

kömmlichen einfachen Definition des dolus als des bösen Vorsatzes nicht genug. Sie verlangte dazu das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit der Handlung. Und eben diese Bestimmung ist es, welche auch bei Neueren, die dem Feuerbachischen Standpunkte im Ganzen abgesagt haben, sich erhalten hat, z. B. bei Wächter, Heffter, Abegg, Mittermaier, Marezoll, wie denn auch die neuen Strafgesetzbücher noch nicht über dieselbe hinausgekommen sind [1]). Gleichwohl ist die Inkonsequenz dieses Eklekticismus ganz offenbar. Denn einerseits ist es geradezu widersinnig, Bewußtsein der Strafbarkeit überhaupt als positives Requisit des dolus zu verlangen, dagegen das Bewußtsein über Art und Größe der Strafe nicht für nöthig zu erklären; andrerseits erkennen die Doktrinäre, wie die Gesetzbücher, ihre Inkonsequenz sogar selbst ganz offenkundig ein, indem sie hinterher mit dem Satze kommen, daß der Rechtsirrthum den dolus nicht ausschließe [2]). Dies ist auch neuerdings von Luden sehr richtig eingesehen und weiter ausgeführt worden. Hdbuch. §. 35. not. 5. Man kann hier an einem sehr einleuchtenden Beispiele erkennen, wie wenig gerade in den Kardinalfragen die Wissenschaft, trotz aller schönen Reden über das vage Princip der Gerechtigkeit, über den Standpunkt der relativen Theorieen hinausgekommen ist.

1) Eine gute Kritik derselben s. bei Kitka im N. Arch. 1835. S. 219 ff. Vergl. Bauer Abh. I. S. 266.

2) Vergl. Gönner Revision des Begriffs des Dolus. S. 39. Kitka a. a. O. S. 231. Birnbaum N. Arch. 1837. S. 476. 483—485, der freilich selbst wieder eigenthümliche Unterschiede macht. A. M. ist wieder Bauer Abh. I. S. 251 ff. Vergl. Feuerbach Revis. II. S. 42—44. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 15. 135 ff. Aeltere, wie Böhmer, Koch u. A. und unter den Neueren Unterholzner sind hier in der That konsequenter. s. Wächter I. S. 119, 120

So viel sie für die Kenntniß des positiven Rechts und seiner Quellen geleistet hat, so wenig ist philosophischer Fortschritt in ihr zu spüren. Was nun den vorliegenden Punkt betrifft, so muß man für die Strafgesetzbücher eine Entschuldigung anführen, die freilich selbst wieder auf einem andern Mißstande beruht. Die große Begriffsverwirrung über den Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeiübertretung, wozu noch theils das löbliche Bestreben, den Bürger möglichst unter die Garantieen der Rechtspflege zu stellen, theils andre kriminalpolitischen Gründe kommen, haben bewirkt, daß die neuen Strafgesetzbücher in der Regel jenen Unterschied auf eine ganz formelle und willkührliche, der Wirklichkeit geradezu widersprechende Weise machen [1]). Da nun der Begriff des dolus in Beziehung auf Polizeivergehen ein wesentlich andrer ist, als in Beziehung auf wirkliche Verbrechen, unsre Gesetzbücher aber beiderlei Arten von Delikten durcheinanderwerfen, so kann es freilich nicht anders seyn, als daß sie Begriffe von dolus und Bestimmungen über Rechtsirrthum geben, resp. voraussetzen, die für beide Arten passen sollen und eben deshalb für jede von beiden unwahr sind [2]). Eben deshalb ist es aber nur um so mehr Aufgabe der Wissenschaft, diesen Uebelstand in dem Fundamentalgebiete des Strafrechts aufzudecken und zu zeigen, worin sein Grund liege. Eben dies ist aber an der herrschenden Doktrin zu vermissen, da sie sonst die Einsicht haben müßte, daß ihre Definition des dolus auf den Principien der Präventionstheorie beruht und mit diesen verworfen werden muß. Bei Feuerbach und

1) Vergl. Mohl im N. Arch. 1840. Beil. Heft. S. 12.

2) Dies deutet auch Birnbaum im N. Arch. 1837. S. 489 ff. richtig an.

Grolman ist jene Definition eine Nothwendigkeit. Denn, wem das Unrecht nicht das um seiner selbst willen Richtige, vielmehr nur ein als solches durch den Staat gesetztes und um des Einzel- oder Gemeinwohls willen mit Strafe bedrohtes ist, wem die Strafe den Zweck der Abschreckung als charakteristischen, hiemit das Strafgesetz die Qualität eines psychologischen Zwangsmittels hat, dessen Unwirksamkeit allein den Begriff des Verbrechens zur Entstehung bringt, von dem versteht sich von selbst, daß er den dolus folgerichtig nur als Vorsatz der Gesetzesübertretung definiren kann, welcher sich ohne Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit nicht denken läßt. Dabei ist dann aber nicht zu vergessen, daß die genannten scharfsinnigen Denker auch vor den Konsequenzen ihres Princips nicht erschraken, als deren wesentlichste die praesumtio doli erscheint. Wie man nun den Grundsatz der Verhütungstheorie, ja selbst diese praesumtio verwerfen, gleichwohl aber bei der gedachten falschen Definition des dolus stehen bleiben kann, das ist das Unbegreifliche. Freilich sprechen auch alle neueren Kriminalisten das Feuerbachische Anathema gegen den dolus indirectus nach und behaupten, daß es nur ein ex re, ex indiciis bewiesener dolus sei, ohne zu bemerken, daß sie eben damit die Definition des dolus als Vorsatz umstoßen (Kleinschrod [1]) hat es richtig gefühlt, daß der Vorsatz als solcher nur durch Geständniß bewiesen werden kann) und den Begriff der Absicht unterschieben. — Allerdings kommt indessen auch der Feuerbachischen Definition ihre relative Wahrheit zu, nur nicht in Beziehung auf das kriminelle, sondern auf das polizeiliche Unrecht, da dieses seine Eigenschaft als Unrecht wirklich nur durch die positive Fest-

1) System. Entwicklung I. S. 60—63.

setzung und eben um des Zwecks der allgemeinen Sicherheit, des Wohls willen erhält. Bei diesem wird daher allerdings das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, welches in Beziehung auf das kriminelle Unrecht bei jedem Zurechnungsfähigen als vorhanden vorauszusetzen ist, durch die Kenntniß des positiven Strafverbots ersetzt, und hier setzt daher allerdings der Begriff des dolus das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als nothwendiges Requisit voraus. Eben dies aber, was nur für das polizeiliche Unrecht Wahrheit hat, dehnt mit Feuerbach die herrschende Doktrin auch auf das kriminelle Unrecht aus und verkehrt dadurch von vorn herein das Gebiet des Rechts in das der Polizei. Man sieht daraus, wie tief im Fleische der Zeit noch der Pfahl der Abschreckungstheorie steckt. Im vorliegenden Falle helfen sich nun freilich Doktrin und Gesetze durch eine Inkonsequenz, d. h. durch die Grundsätze, welche sie über den Rechtsirrthum aufstellen [1]). Aber warum verbannen sie nicht endlich ein Requisit auch formell, das sie materiell längst verwerfen, und über das ein Praktiker nur lächeln kann? Warum finden wir gleichwohl in den Thatbeständen des besondern Theiles jenes Gespenst des Bewußtseins der Gesetzwidrigkeit immer wieder? In legislativer Beziehung würde aber freilich die Verbesserung des herkömmlichen Fehlers zugleich eine völlige Reform hinsichtlich des Gebiets der Rechtspflege und der Rechtspolizei voraussetzen. Sie würde aber zugleich die heilsamste Verbesserung in Beziehung auf den Thatbestand einer Reihe von besondern Verbrechen herbeiführen, dessen Bestimmung jetzt seine Mangelhaftigkeit gerade nur in der vorausgesetzten Vorstellung des dolus als Vorsatz hat.

1) Feuerbach §. 86. Wächter I. §. 73. not. 43. Preuss. L.R. §. 10. Bair. G.B. Art. 71. Württ. G.B. Art. 99.

§. 108.

In seiner Richtung auf die Aussenwelt ist der dolus das Bestreben, irgend eine Wirklichkeit hervorzubringen, in welcher sich eben die allgemeine Qualität der beabsichtigten Handlung ausdrücken soll [1]). Seine Arten müssen sich daher nach den verschiedenen Faktoren der Wirklichkeit bestimmen, als welche sich die Zufälligkeit und die Nothwendigkeit ergeben. Was nämlich wirklich werden soll, das muß zuvörderst möglich seyn. Das Mögliche aber ist entweder bloß möglich, d. h. zufällig, oder es ist real möglich, d. h. nothwendig. Im ersten Falle hängt der Eintritt des Erfolgs noch von irgend welchen anderweitigen Bedingungen ab; im zweiten dagegen sind sämmtliche Bedingungen als vorhanden gesetzt, aus welchen nach dem naturgesetzlichen Verlaufe die bestimmte Wirklichkeit eintreten muß. Es kann nun der dolus entweder a) auf die reale Möglichkeit des Erfolgs gerichtet seyn; d. h. der Handelnde sieht die Nothwendigkeit des rechtsverletzenden Erfolgs als eine unvermeidliche Folge seines Handelns ein (mag ihm nun an dem Erfolge specifisch gelegen seyn oder nicht) — bestimmter dolus (d. determinatus). oder b) auf die bloße, abstrakte Möglichkeit des Erfolgs, d. h. der Handelnde sieht die Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolgs ein und giebt zu ihrem wirklichen Eintritte eventuell seine Zustimmung, — unbestimmter dolus (dolus eventualis), oder c) trifft beides zusammen, d. h. der Handelnde beabsichtigt einen bestimmten rechtsverletzenden Erfolg, sieht aber zugleich auch die Möglichkeit noch eines andern rechtsverletzenden Erfolgs ein und willigt in denselben für den Fall seines Eintritts eventuell ein [2]) (der gewöhnlich sogenannte dolus eventualis). — Keine besonderen Arten

1) Letztere Bestimmung, die gerade die Hauptsache ausmacht, läßt Luden in seiner übrigens guten Schilderung des dolus weg.

2) Berner a. a. O. S. 184—188.

bilden dagegen der sogen. dolus **alternativus**, die Konkurrenz mehrerer bestimmten Absichten, und der sogen. dolus **generalis**. Doch ist in Beziehung auf den letzteren Folgendes zu bemerken: Es ist der Fall möglich, daß der Handelnde in Beziehung auf dasselbe Verbrechen mehrere aufeinander folgende Handlungen vorgenommen hat und durch eine derselben der beabsichtigte Erfolg auch wirklich eingetreten ist, jedoch nicht durch denjenigen Akt, durch welchen der Handelnde diesen Erfolg herbeigeführt zu haben glaubte, sondern durch einen andern Abschnitt der Handlung. Hier muß man nun wohl unterscheiden, 1) es ist kein dolus generalis anzunehmen, wenn der Abschnitt der Handlung, welcher den Erfolg unmittelbar herbeiführte, nicht mehr durch die allgemeine Absicht, das Verbrechen auszuführen, determinirt war, wenn der Handelnde inzwischen das Verbrechen mißbilligt hatte. Ganz anders ist aber 2) die Sache anzusehen, wenn eine solche Mißbilligung nicht eingetreten war, wenn vielmehr die Absicht, das Verbrechen seiner allgemeinen Natur nach zu verwirklichen, sich durch alle Abschnitte der Handlung fort kontinuirte. Hier kann der Irrthum des Thäters, vermöge dessen er den eingetretenen Erfolg einem früheren Abschnitte seiner Handlung zuschreibt, demselben so wenig zu Statten kommen, als es dem Tödtenwollenden zu Statten kommt, wenn er statt des A aus Irrthum den B umbringt. Hier ist daher dolus in Beziehung auf den eingetretenen Erfolg allerdings anzunehmen, aber dieser fällt ganz unter den Begriff des bestimmten dolus.

Anm. — Die Unterscheidung des dolus in seine Arten [1]) ist in der Doktrin eine der verworrensten Materien s. **Wächter** §. 78. **Luden** §. 36. n. 2. Die

---

1) Vergl. **Bauer** Abh. I. S. 272—277. **Mittermaier** Note zu Feuerbach §. 59.

oben, nach Berner gegebene, Darstellung stützt ihr Recht auf die Natur der Wirklichkeit, welche zu setzen das Bestreben des absichtlich Handelnden ist. Hiernach ist denn der gewöhnlich sogen. dolus indeterminatus, der bald als eine selbständige Art, bald als Gattungsbegriff für den dolus alternativus und eventualis, bald gleich einem der letzteren genommen wird, als eigene Species aufzugeben. Ferner ist das, was gewöhnlich dolus eventualis genannt wird (auch in neueren Gesetzbüchern, z. B. dem Wirtembergischen), vielmehr als Konkurrenzfall von bestimmter und eventueller Absicht anzuerkennen und als dolus eventualis das oben unter b) Angegebene zu bezeichnen, womit auch Heffter §. 65. im Wesentlichen übereinstimmt [1]. — Daß der gewöhnlich sogen. dolus indeterminatus (auch wohl generalis) als besondere Species aufzugeben sei, ist auch von Luden Handb. §. 36. neuerdings anerkannt worden, nur daß er mit Unrecht auch den dolus eventualis als selbständige Art verwirft. Wenn er dies deshalb thut, weil es das Wesen des dolus überhaupt sei, in der Entschließung zu einer Handlung zu bestehen, von welcher man sich vorstelle, daß sie mit Bestimmtheit eine gewisse Einwirkung zur Folge haben werde, so ist dies eine offenbare petitio principii. Von dem dolus alternativus dagegen ist klar, daß er ganz mit dem dolus determinatus zusammenfällt; denn der Handelnde wollte ja hier nicht die mehreren Erfolge neben einander, sondern nur je Einen, mit Ausschluß der andern; er will also in abstracto einen bestimmten

---

1) Vergl. auch Mittermaier a. a. O., der den dolus indeterm. auf dieselbe Weise schildert, wie es hier mit dem unbestimmten dolus geschieht, freilich aber wieder den d. event. (in der gewöhnlichen Weise) und den d. altern. als Unterarten aufführt.

Erfolg, dessen nähere Bezeichnung er allerdings dem Zufall überläßt. Sobald hier einer der Erfolge eintrat, so sind die übrigen vom Handelnden selbst als aufgegeben zu betrachten. Daher ist es unrichtig, wenn v. Hufnagel Kommentar zum Wirt. Strafgb. I. S. 118, vergl. Anhang V. S. 58. 59. hier auch jene übrigen Erfolge in die Zurechnung mit aufgenommen wissen will; denn dies würde mehrere kumulirte doli voraussetzen, was dem Begriffe des Alternativen widerspricht [1]). Was dagegen den gewöhnlich sogen. eventuellen dolus betrifft, so muß hier allerdings Konkurrenz angenommen werden, d. h. wenn der bestimmt beabsichtigte Erfolg eintrat, der eventuell beabsichtigte aber nicht, oder umgekehrt, so liegt Konkurrenz eines vollendeten Verbrechens aus dol. determ. mit Versuch eines Verbrechens aus dolus eventualis vor [2]); traten beide Erfolge ein, so konkurriren zwei vollendete Verbrechen, das eine mit dol. determ., das andere mit dolus eventualis. Dabei versteht sich, daß der letztere in der Strafbarkeit niedriger gehalten werden müßte, als der erstere: eben dann würde sich aber als praktisches Resultat ergeben, was v. Hufnagel a. a. O. in Beziehung auf die Strafbarkeit des dolus eventualis ganz richtig andeutet [3]). Gegen die gewöhnliche Behandlung des eventuellen dolus bringt Luden noch eine Bemerkung vor, die zwar hierher nicht paßt, aber doch sehr viel Richtiges enthält, ja ganz nahe daran ist, mitten in den wahren Begriff der Absicht zu treffen [4]). Er sagt

1) Vergl. Luden a. a. O. S. 252. Weber N. Arch. S. 569. 570. Berner S. 186. Bad. Entw. §. 88. Mittermaier a. a. O.

2) AM. Mittermaier a. a. O.

3) Vergl. Weber a. a. O. S. 571. Henke I. S. 348. 363.

4) Vergl. Sächs. Strafgb. Art. 31. a. E. und über den zweideutigen Ausdruck des Art. Krug Studien. I. S. 55. 56. Schüler Beiträge S. 33.

nämlich: für das Dasein des eventuellen dolus gebe es keine andre Erkenntnißquelle, als die eigene Aussage des Angeschuldigten; diese sei jedoch für den Beweis des dolus ohne Bedeutung, welcher vielmehr aus der Objektivität der Handlung geführt werden müsse. Offenbar schwebt ihm hier der Begriff der Absicht vor, und es ist dies als ein Fortschritt zu betrachten, da Luden früherhin das Recht der Objektivität der Handlung nicht anerkennen wollte. Wie aber aus dem Angeführten folgen soll, daß sich überall nur eine bestimmte, nicht auch eine bloß eventuelle Absicht, allein oder neben einer bestimmten Absicht, denken lasse, das ist nicht wohl einzusehen, um so weniger, da das Leben täglich Beweise des Gegentheils liefert.

Ist nun im Bisherigen mit Berner übereinzustimmen gewesen, so kann dies um so weniger in Beziehung auf seine Polemik gegen den dolus generalis geschehen. Zwar verwerfen wir mit ihm alle diejenigen Bezeichnungen des dolus generalis, welche ihn, unter verschiedenen Modifikationen im Einzelnen, mit dem dol. indeterminatus oder alternativus identificiren. Allein ganz anders verhält es sich mit der oben gegebenen Bezeichnung, welche, wie Berner selbst gesteht, bei den neueren Praktikern gewöhnlich ist. Hiegegen zieht B. S. 193—223 mit großem Pathos zu Felde und schreibt endlich Mittermaier das Verdienst zu, im N. Archiv 1841. S. 24 ff., auf das Widersinnige dieses dolus generalis aufmerksam gemacht zu haben. Wir möchten umgekehrt das Verdienst Webers (N. Archiv VII. S. 562 ff.[1]) aner-

---

1) Vergl. auch Grolman Bibl. I. 3. S. 233 ff. Wächter II, S. 127, 128. Heffter §. 233. n. 2. Oersted Grundregeln S. 242, welchem Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 168. 169 in der

kennen, auf jene Form der Absicht zuerst aufmerksam gemacht zu haben. Berner hat Recht, wenn er den Fall des dolus generalis, wie er gewöhnlich aufgestellt wird, angreift und behauptet, daß in den darunter rubricirten Beispielen häufig nur eine Konkurrenz von Versuch und vollendetem kulposen Verbrechen vorliege. Aber er unterscheidet ungeschickt, wenn er die Differenz darein setzt, ob der Handelnde durch den erfolgreichen Akt den vorhergehenden habe verbergen oder bestätigen wollen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob die ganze Handlung als Eine, durch Eine kontinuirliche Absicht bestimmte, aufzufassen ist, oder ob man ihre verschiedenen Momente als selbständige Akte auseinanderzuhalten hat. Ersteres ist nun allerdings immer der Fall, wo der Thäter durch einen zweiten Akt einen ersteren bloß bestätigen wollte; aber das bloße Verbergenwollen kann ebensogut unter das erste, als unter das zweite Glied des richtig aufgefaßten Gegensatzes fallen; und, dies nicht eingesehen zu haben, ist ein Verstoß von Berner. Wenn er allerdings voraussetzt, daß auch im Falle des bloßen Verbergenwollens jedesmal dol. gen. angenommen werde, so hat er hiegegen freilich mit dem Einwurf Recht, daß darin eine unstatthafte praesumtio doli liege. Allein es ist nur sein Fehler, daß er den Gegensatz nicht richtig aufgestellt hat. Was die vielbesprochenen Fälle des Wirthschaftsschreibers Tarnow (Klein Annalen XVI. S. 1 ff.) und des Zimmergesellen Kleina (Mannkopf Jahrb. I. S. 243 ff. [1]) betrifft, so deutet B. bei dem ersteren selbst an, daß nur die Ungeschicklichkeit des Inquirenten den

Note sonderbarer Weise die entgegengesetzte Ansicht zuschreibt. K. selbst macht einen Transaktionsversuch mittelst einer praesumtio doli.

1) s. auch N. Arch. V. S. 375—422.

Angeschuldigten von der Strafe des Rads wegen Tödtung aus dolus generalis gerettet haben möge. Er citirt dabei die Bemerkung Kleins: „der Rechtsgelehrte befindet sich oft in dem Falle, daß er bei dem, welcher allein den gesunden Menschenverstand zu Rathe zieht, für einen Grillenfänger gilt. Allein ich frage dagegen: Soll der Richter sich nur mit der Ansicht der Aussenseite der Handlung begnügen? Soll er nicht tiefer eindringen? Soll er die zusammengesetzte Handlung nicht in ihre Bestandtheile auflösen?" Eben die letzten Worte, welche Berner gesperrt hat drucken lassen, hätten ihn auf die richtige Einsicht führen können, daß der Jurist die Handlung allerdings in ihre Bestandtheile aufzulösen hat, sobald ihre Einheit nur eine scheinbare ist, daß er sie aber um so gewisser als einen bloßen einheitlichen Zusammenhang verschiedener, Einer Absicht untergeordneten, Momente zu behandeln hat, wo sich eben zeigt, daß die Absicht sich durch alle Abschnitte fort kontinuirt hat, mag auch der Erfolg zunächst einem andern zuzuschreiben seyn, als durch welchen der Handelnde den Erfolg hervorzubringen sich vorgesetzt hatte. Auch wäre wohl zu beherzigen gewesen, was Klein sogleich noch beifügt, daß er nämlich stets mißtrauisch werde, sobald das Resultat der feineren Beobachtungen von dem Totaleindrucke, welchen die Handlung im Ganzen auf den Gemeinsinn mache, wirklich abweiche, daß aber ein wahrhaft philosophischer Rechtsgelehrter sich auch über Modetheorieen (Klein meint eben die „feinen Analysen") erheben müsse und dies gewiß um so eher thun werde, jemehr er den Gemeinsinn zu Rathe ziehe und die dabei zu Grunde liegenden Vorstellungen entwickle [1]. Freilich findet nun aber Berner

1) Vgl. Jenull in Wagners Zeitschrift 1826. I. S. 311, 312.

gerade die Berufung auf das natürliche Gefühl und den gesunden Menschenverstand anstößig und greift deshalb namentlich das Urtheil des preußischen Kammergerichts, welches in dem Falle des Kleina, übereinstimmend mit dem Oberlandesgerichte zu Marienwerder und dem Tribunal des Königreichs Preußen zu Königsberg, vollendete Tödtung aus dolus generalis angenommen hat, sehr stark an. Er wirft ihm vor, daß moralische Anschauungen und natürliche Gefühle sein Raisonnement bestochen haben, daß es sich deßhalb auch, statt die vorliegende Geschichtserzählung zu zergliedern, hinter unbestimmte Worte, wie: allgemeine Absicht, allgemeine Handlungsweise u. dgl. zurückziehe. Seine bestimmteren Einwürfe aber sind folgende: a) jede Handlung bestehe in der Vermittlung von Willen und That; es komme daher ganz darauf an, ob zwischen dem erfolgten Tode und der Absicht zu tödten die Vermittlung vorhanden sei, oder nicht. Dies sei aber nicht darnach zu beurtheilen, ob dem Angeschuldigten seine Handlung zur Erreichung seiner Absichten geeignet geschienen habe, sondern ob der Wille das reale, in der Objektivität wirksame, Princip des Erfolgs gewesen sei. — Das Alles ist unzweifelhaft richtig, wird aber auch weder von uns, noch von dem Kammergerichte bestritten. Allein Berner selbst führt die treffende Einwendung an, daß „allerdings oft mehrere Handlungen als Ein Ganzes betrachtet werden müssen." Ist dem so, dann ist auch in einem solchen Falle die Vermittlung zwischen Absicht und Erfolg vollkommen vorhanden. Freilich sagt nun aber unser Gegner b) Ein Ganzes werden solche mehreren Handlungen nur dadurch, daß sich durch sie die verbrecherische Absicht hindurchziehe, und zwar nicht etwa bloß im Allgemeinen verbrecherische Absicht, sondern die Absicht auf Hervorbringung dieses bestimmten Verbrechens. Gerade

das aber sei bei Kleina nicht der Fall gewesen. Das Werfen in's Wasser werde eben durch die ganz verschiedene Absicht von der früheren Handlung des Erdrosselns abgelöst. Auch hier ist wieder der allgemeine Satz vollkommen richtig; ja selbst der Tadel gegen das Kammergericht, sofern dies nur von einer im Allgemeinen schädlichen Absicht spricht, nicht ungerecht. Allein die Anwendung des richtigen Grundsatzes auf den vorliegenden Fall ist verkehrt. Bei Kleina hat eben — nicht bloß eine im Allgemeinen schädliche Absicht, sondern — die bestimmte Absicht, das bestimmte Verbrechen des Mords zu begehen, durch alle Abschnitte der Handlung sich hindurchgezogen. Es liegt dies schon in einem bemerkenswerthen Umstande, den er selbst angiebt, daß nämlich der Erdrosselte eben bei Abnahme des Stricks, unmittelbar vor dem in's Wasser Werfen, noch ein Lebenszeichen von sich gegeben habe. Zwar will nun der Thäter die Ueberzeugung gehabt haben, daß dies das letzte gewesen sei, und bei dem Werfen in's Wasser nicht den Vorsatz zu tödten gehabt haben. Allein die Unwahrscheinlichkeit dieser letzteren Behauptung liegt auf der Hand, und es dürfte sehr nahe gelegen haben, den Thäter sogar des Vorsatzes zu tödten auch bei dem letzteren Akte aus den Umständen zu überführen, welcher Beweis dann keineswegs mit einer præsumtio doli abzufertigen gewesen wäre. Man kann jedoch hievon absehen und die Ansicht Berners ganz aus sich selbst widerlegen. Zugegeben, daß Kleina den Erdrosselten in's Wasser geworfen habe zunächst nur in dem Vorsatze, den Verdacht des Mords von sich abzuwälzen, — so fragen wir: schließt denn dieser Vorsatz die Absicht zu morden aus? Ist nicht dieses propositum gerade nur ein Moment des durch die ganze Handlung ergossenen animus occidendi? Oder — um mit Berner

zu reden — lag nicht in der zweiten Handlung ganz offenbar eine Bestätigung der ersten, gerade wie dies auch bei dem Schreiber Tarnow behauptet werden muß? Wenn dies nicht angenommen werden sollte, so müßte in dem Verlaufe der ganzen Handlung ein Moment nachgewiesen seyn, wo der animus occidendi abgebrochen, eine Mißbilligung dieser Willensrichtung eingetreten wäre. Sobald dies aber nicht der Fall ist, so kann den Behauptungen des Handelnden über seine beschränkteren Vorsätze kein Glauben geschenkt, seinen Irrthümern kein Einfluß auf die Beurtheilung seiner Handlung verstattet, es muß diese als ein fortlaufendes, durch Eine determinirte Absicht bestimmtes, Ganzes betrachtet werden. In einem solchen Falle die einzelnen Abschnitte zu sondern, ist bloß Spitzfindigkeit der Reflexion, welche die wahre Natur des dolus nicht aufzufassen vermag und ihn mit dem durch die Willkühr der Subjektivität bestimmten Vorsatze verwechselt. Die verständige Analyse ist allerdings überall am Platze, wo sie hingehört. Aber Berner hat sehr Unrecht, wenn er meint, der dolus generalis könne nur dadurch gerettet werden, daß man die Sache in den Nebel der Unbestimmtheit und Allgemeinheit hülle. Wir mißbilligen allerdings solche abstrakten Bezeichnungen desselben, wie sie sich z. B. auch im Wirtemb. Strafgesetzbuche finden (Art. 56), da man keine bloße „Stimmung," und keinen bloßen „Hinblick" strafen kann, sondern nur wirkliche Absichten. Allein solche Bezeichnungen enthalten doch wenigstens implicite den Kern der Sache, der nur daraus hervorgehoben werden darf, um ihn sogleich gegen den Vorwurf bloß unbestimmter Vorstellungen zu sichern. Man hat dabei in der That nichts Andres im Sinn, als den Begriff der Absicht im Unterschiede von dem des Vorsatzes, und bahnt dadurch einem wissenschaftlichen Fortschritte den Weg, wie

denn auch bei Gelegenheit des dolus generalis in der Wirtemb. Abgeordnetenkammer vom Ministertisch aus mit Recht gesagt wurde, es liege in dem Beschlusse der Versammlung ein Triumph des gesunden Menschenverstandes über die grüblerischen Spitzfindigkeiten der Juristen. Der dolus generalis ist freilich keineswegs eine besondere Species des dolus, wie dies allerdings auch das Wirt. Strafgb. noch annehmem muß, weil es im Ganzen noch die Feuerbachische Schuldlehre zu seiner theoretischen Basis hat, sondern er fällt lediglich unter den Begriff des dolus determinatus, aber freilich setzt diese Einsicht die richtige Einsicht in die Natur des dol. determ. selbst voraus. In beiden angef. Fällen war nun eine bestimmte Absicht, der animus accidendi vorhanden, und der entsprechende Erfolg wurde durch die Handlungen der Thäter herbeigeführt. Zwar waren nun diese der irrigen Meinung, daß ein früherer Abschnitt ihrer Thätigkeit den Erfolg herbeigeführt habe, und die zunächst den Erfolg entscheidende Thätigkeit stand deshalb nicht mehr unter dem propositum occidendi. Allein das erste propositum war dabei keineswegs zurückgenommen, sondern wurde durch das zweite gerade noch bestätigt. Sie handelten jetzt in dem Willen, das Verbrechen vollbracht zu haben, und wollten nur die Schuld von sich wegschieben. Dieser weitere Abschnitt ihrer Handlung steht daher noch ganz unter dem dolus occidendi, und darf nicht für sich abgelöst werden. Ganz verkehrt ist es aber, denselben unter den Begriff der culpa zu subsumiren, was ja gerade das Aufgehörthaben des animus necandi voraussetzen würde. Nur dann, wenn sich ein entscheidendes Abbrechen der Absicht nachweisen läßt, kann die Handlung zertheilt und als bloßer Versuch, mit dem ein Versehen sich verband, angesehen werden. Aber der Beweis eines solchen Abbrechens kann nicht durch die bloße Behauptung

des Angeschuldigten geführt werden, die von der Objektivität seiner Handlung Lügen gestraft wird. Er setzt vielmehr die Nachweisung voraus, daß die Mißbilligung der verbrecherischen Absicht auch wirklich an den Tag gelegt worden sei. Wer uns aber sagt, er habe seine Absicht erreicht geglaubt und nun nur noch den Leichnam verbergen wollen, der macht uns wahrlich jenes Abbrechen der bösen Absicht nicht wahrscheinlich. Das altdeutsche Recht sah gerade in diesem Verbergen des Leichnams mit das Kriterium der niederträchtigsten Form des Verbrechens, — und unsere Doktrin läßt es dem Verbrecher zu Gut kommen, um die Distinktionen ihrer superklugen Reflexion anzubringen. Man darf nicht erst fragen, auf welcher Seite das lebendigere, sittlichere Rechtsbewußtsein liege. — c) Aus einem anderen Grunde hält nun allerdings auch Berner in den gewöhnlich unter den Begriff des dolus generalis gestellten Fällen, und zwar ohne Unterschied, ob durch die zweite Handlung eine Bestätigung der ersten beabsichtigt war, oder nicht, die ordentliche Strafe des vollendeten Verbrechens für gerechtfertigt. Er findet nämlich das delictum perfectum (d. i. den geendigten, aber erfolglosen Versuch) ebenso strafbar, als das wirklich vollendete Verbrechen [1]. Der Ansicht der Praktiker über den generellen dolus wirft er aber vor, daß sie materiell und roh sei, sofern sie auf das ganz Aeusserliche Gewicht lege, sich ganz nur von dem sinnlichen Eindruck des wirklich eingetretenen Erfolgs bestimmen lasse, ebenwie sich dies auch in der Ansicht von der geringeren Strafbarkeit des delictum perfectum an den Tag lege [2]. Dieser Vorwurf kann, soweit er das delic-

---

1) Vergl. auch Oersted Grundregeln S. 163. 164.

2) s. auch Zachariä Lehre vom Versuch I. § 146 — 149.

tum perfectum betrifft, erst unten bei der Lehre vom Versuch näher gewürdigt werden. Hier mag nur über zweierlei Verwunderung ausgesprochen werden, nämlich theils darüber, daß der Verf. so unbedenklich nicht etwa nur eine theoretische, sondern eine dem deutschen Rechte selbst in Fleisch und Blut gewachsene Ansicht verdammen mag, theils darüber, wie er als Vertheidiger der Grundsätze der neueren Philosophie den Widerspruch nicht eingesehen hat, worin er sich mit sich selbst setzt, wenn er das Recht der Objektivität so geradezu für nichts achtet. Was aber den dolus generalis angeht, so fällt der Vorwurf der äusserlichen und durch den sinnlichen Eindruck bestimmten Betrachtungsweise ganz nur auf die von Berner vertheidigte Ansicht zurück. Denn sie ist es, welche das innerlich und geistig Verbundene auseinanderzerrt und mechanisch zerlegt. Es ist dies dieselbe Ansicht, welche auch dann keine vollendete Tödtung annimmt, wenn einer, der den A tödten will, aus Verwechslung den B umbringt, gleich als ob das Wesen der Tödtung nicht wäre, überhaupt einen Menschen des Lebens zu berauben, sondern den Hans oder den Kunz. — Am wenigsten gerechtfertigt erscheint die — übrigens ganz ohne Beweis hingestellte — Behauptung, daß die Annahme des dolus generalis gegen das gemeine deutsche Recht verstoße. Denn, sehen wir auf das römische Recht; so verlangt dies für solche Fälle die ordentliche Strafe schon deshalb, weil es überhaupt den irgendwie manifestirten verbrecherischen Willen damit bedroht. Das deutsche Recht aber ist es gerade, welches den Begriff des dolus in der tieferen Bedeutung der Absicht zum Bewußtsein gebracht hat, woraus dann ganz von selbst hervorgeht, daß in den fraglichen Fällen die Handlung mit ihren mehreren Abschnitten als Ein Ganzes angesehen und eben nur in diesem objektiven (durch die

die Einheit der Absicht verknüpften) Ganzen das reale Prinzip des Erfolgs gesucht werden muß.

§. 109.

Was überhaupt den Einfluß des Irrthums auf den Begriff des dolus betrifft, so sind hier verschiedene Beziehungen zu unterscheiden. Vom Rechtsirrthume ist hier überall noch nicht die Rede, wo bloß die formelle Zurechnung in Frage steht. Hinsichtlich des Irrthums in Thatumständen dagegen ist schon oben als Grundsatz festgestellt worden, daß er, soweit er unverschuldet sei, die Zurechnung ganz oder theilweise aufhebe, soweit eben die Handlung durch denselben bedingt sei. Dabei ist dann nur zu bemerken, daß die meisten Verbrechen überall bloß mit Absicht begangen werden können, daher ihr Begriff durch den Irrthum überall ausgeschlossen wird, selbst durch den verschuldeten. Auch ist nicht zu übersehen, daß die Handlung, obgleich der Irrthum eine bestimmte verbrecherische Qualität absorbirt, gleichwohl noch eine andre beibehalten kann, was immer dann der Fall ist, wenn aus Irrthum ein qualificirtes Verbrechen verübt worden ist, während der Thäter nur die Verübung eines gemeinen in seinem Bewußtsein trug. Ob dann hinsichtlich der Qualifikation ein Versehen anzunehmen sei, hängt wiederum ganz von der Natur des bestimmten Verbrechens ab. — Schwieriger erscheinen nun aber folgende Fälle. 1) Der Thäter handelt in verbrecherischer Absicht, aber vermöge eines Irrthums erfolgt objektiv entweder gar keine oder eine geringere Rechtsverletzung. 2) Derselbe handelt in verbrecherischer Absicht, aber vermöge eines Irrthums führt er das beabsichtigte Verbrechen nicht an dem specifischen Gegenstande aus, auf welchen er es abgesehen hatte, dagegen an einem andern, an welchem das Verbrechen überhaupt seine Natur nicht verändert. Es ist aber klar, daß der Irrthum seine allgemeine Natur auch in diesen Fällen beibehalten muß. Wie daher das im Irrthum verübte dem Thäter nicht zum

Nachtheile zugerechnet wird, wo er nach den ihm bekannten faktischen Umständen keine oder eine geringere Rechtsverletzung hervorzubringen glaubte, resp. glauben mußte, so darf ihm der Irrthum andrerseits auch nicht zu seinem Vortheil zugerechnet werden, wenn nur vermöge des Irrthums selbst eine beabsichtigte Rechtsverletzung gar nicht oder (quantitativ oder qualitativ) anders zu Stande kam. Die Handlung bleibt daher in solchen Fällen verbrecherisch, und zwar im Fall 1) versuchtes, im Fall 2) vollendetes Verbrechen (s. unten). Es versteht sich übrigens von selbst, daß in diesen Fällen immer das Princip der eingetretenen objektiven Existenz in der verbrecherischen Absicht gelegen haben muß, daher mit denselben die ganz verschiedenen Fälle nicht verwechselt werden dürfen, wenn an die Ausführung einer verbrecherischen Absicht ein rechtsverletzender Erfolg sich anhängt, der sein Princip in einer ausserhalb der Handlung liegenden Ursache hatte. Ein solcher Erfolg kann als zufälliger, oder als kulposer, oder als doloser erscheinen; aber die Frage ist hier eine durchaus andere, nämlich die: ob die Wirkung einer der Handlung fremden Ursache von dem Handelnden berechnet oder nicht berechnet worden sei, und ob sie im letzteren Fall wenigstens hätte berechnet werden können. Hier handelt es sich also nicht von einem Irrthum in Beziehung auf die unmittelbare Existenz der Handlung selbst, sondern nur von einem Irrthum in Beziehung auf deren mögliche Folgen oder begleitende Umstände, die mit der Natur der Handlung selbst nichts zu thun haben. — Das Princip läßt sich dahin zusammenfassen: durch den Irrthum kann die Natur der Absicht, als des bewußten Willens, eine Handlung in ihrer allgemeinen Qualität zu realisiren, in keiner Weise alterirt werden; daher kann weder eine Handlung, bei der das Subjekt gerade über einen solchen Theil des Thatbestands in Irrthum ist, wodurch sie überhaupt zum Verbrechen oder zu einem schwereren Verbrechen wird, jemals als eine

dolose gelten, noch kann umgekehrt der dolus bei einer Handlung dadurch hinwegfallen, daß sich der Verbrecher in Beziehung auf solche faktische Umstände irrt, deren Nichteristenz die Handlung verhindert, entweder überhaupt ihren Erfolg oder doch einen beabsichtigten schwereren Erfolg zu entwickeln (so lang nur die Handlung überhaupt ihre allgemeine Qualität behält); endlich aber ist es völlig indifferent, ob die Handlung gerade an dem speciellen Gegenstande realisirt wird, welchen der Thäter zunächst vor Augen hatte, oder an einem andern, in Beziehung auf welchen die Handlung ganz dieselbe allgemeine Qualität offenbart.

Anm. — In Beziehung auf den Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit läßt sich auch nach den neuesten Untersuchungen von Geib, Luden und Pfotenhauer[1]) nicht sagen, daß über das Princip ein vollkommen klares Bewußtsein vorhanden wäre, obgleich die beiden Letzteren, in wesentlicher Uebereinstimmung mit der herrschenden Doktrin, im Resultate ganz das Richtige treffen. Ein großer Fehler ist es hier, wie so oft in unsrer Wissenschaft, daß Verschiedenartiges untereinandergeworfen, Zusammengehöriges zerrissen, und neben richtiger Entscheidung einzelner Fälle die klare Feststellung und Durchführung des Princips versäumt wird. So wird von Luden Abh. II. S. 545. ff. die Frage über den Rechtsirrthum auf eine keineswegs die Klarheit befördernde Weise eingemischt. Geib verwirrt die Frage dadurch, daß er die sogenannten aberrationes delicti und einfache Fälle der Konkurrenz zwischen dolus und culpa mit herbeizieht. Dagegen spricht z. B. Heffter[2]) vom Einfluß

1) Geib N. Arch. 1837 S. 561. 1838 S. 36. Pfotenhauer de del. per err. in pers. Comm. Ders. der Einfluß des Irrthums auf die Strafbarkeit.

2) Vgl. auch denselben im N. Arch. XII. S. 278 ff.

des Irrthums an ganz verschiedenen Stellen, §. 36, 56, 70. Andre, wie Wächter, bringen die bedeutendsten Fragen erst im besondern Theile vor. Andrerseits weist Geib Momente, die nothwendig hierher gehören, ausdrücklich ab, um die Sache sofort mit andern in Verbindung zu bringen und dadurch das Princip zu verfehlen [1].

Zuvörderst ist hier vom Rechtsirrthum ganz abzusehen, und vielmehr nur darnach zu fragen, welchen Einfluß der Irrthum in Thatumständen auf die Zurechnung überhaupt und besonders auf die Zurechnung zum dolus habe? Nun ist anzuerkennen, daß die herrschende Doktrin hierauf die ganz richtige Antwort giebt, daß durch ignorantia facti der Begriff des dolosen Verbrechens immer, der des kulposen dagegen nur dann ausgeschlossen werde, wenn die Unwissenheit eine unverschuldete sei. (Marezoll §. 28); wozu dann in der Regel an anderen Stellen bemerkt wird, daß keineswegs jede verbrecherische Handlung auch die Möglichkeit der bloß kulposen Begehung einschließe. Heffter §. 69. Gegen diese herkömmliche Lehre opponirt sich zwar (s. o.) Luden, indem er überhaupt den Zusammenhang zwischen den Lehren vom Irrthum und von der culpa aufgehoben wissen will. Indessen ist schon oben gezeigt worden, daß für das praktische Resultat der viele Scharfsinn, den Luden bei dieser Gelegenheit aufwendet, eigentlich verschwendet ist. Denn immer, wenn er an das praktische Resultat kommt, begegnen wir der Wendung: Ob der Handelnde die Vorstellung gehabt habe, nicht zu wissen, daß er durch seine Handlung die Rechtsverletzung nicht hervorbringen werde, sei eine faktische Frage; daß er sie aber gehabt habe, müsse angenommen werden, sobald der Handelnde

1) Vgl. noch besonders Mittermaier Note 1. zu Feuerbach §. 57.

in einer Weise thätig gewesen sei, daß nach der allgemeinen Erfahrung die nächsten Ursachen des rechtsverletzenden Erfolgs zwar nicht nothwendig in Wirksamkeit gesetzt werden mußten, aber doch in Wirksamkeit gesetzt werden konnten. Z. B. wenn Jemand unwissend Gift eingab, so handle er kulpos, wenn er nach der allgemeinen Erfahrung sich habe vorstellen müssen, nicht zu wissen, ob die Substanz Gift sei oder nicht; oder: wenn Jemand an einem gangbaren Ort schieße und einen Andern tödte, so begehe er ein kulposes Verbrechen, weil er nach der allgemeinen Erfahrung sich einen Erfolg dieser Art als möglich habe vorstellen müssen. Dies Alles ist doch aber in der That nur eine Umschreibung der gewöhnlichen Lehre, daß der vermeidliche Irrthum nicht entschuldige, sondern nur der unvermeidliche. Denn ein vermeidlicher Irrthum wird in der Regel eben dann anzunehmen seyn, wenn der Handelnde nach der allgemeinen Erfahrung den schlimmen Erfolg als möglich annehmen mußte, ein unvermeidlicher dann, wenn der Handelnde in der allgemeinen Erfahrung einen Grund zur entgegengesetzten Annahme hatte. Mittelst dieses Herbeiziehens der „allgemeinen Erfahrung" geräth sogar Luden in Gefahr, in den von ihm bitter getadelten Irrthum der gemeinen Doktrin zu fallen, welche den Begriff der mäßigen Sorgfalt aus dem bürgerlichen Rechte in's Strafrecht überträgt. Indessen sagt er doch wieder richtig, daß der Handelnde nicht bloß nach der allgemeinen Erfahrung, sondern nach den Bedingungen seiner eigenen Individualität zu beurtheilen sei, womit er im praktischen Resultate ganz mit der von uns gegebenen Entwicklung der Sache übereintrifft, nur mit dem Unterschiede, daß diese die Unschicklichkeit einer præsumtio culpæ vermeidet. —

So richtig nun aber der gedachte Satz der gewöhn-

lichen Doktrin ist, so wenig findet sich jedoch eine feste und erschöpfende Durchführung des darin angewandten richtigen Princips. So stellt z. B. Heffter §. 56 jenen Grundsatz ganz richtig auf, fährt dann aber fort: „dagegen hebt es die Zurechnung nicht auf, wenn ein an sich unerlaubtes Handeln bloß durch Irrthum ein andres Objekt, als das gewollte, traf oder wenn es in eine andre Rechtsverletzung ausartete." Ist schon dieser Gegensatz auffallend, da doch die fragliche Bestimmung nur eine Konsequenz desselben Princips ist, so ist es noch auffallender, daß §. 36 ein unmögliches Verbrechen dann angenommen wird, wenn Jemand eine bestimmte verbrecherische Absicht an einem dazu ganz untauglichen Objekte ausüben wollte, sowie denn §. 76 dasselbe hinsichtlich des Verbrechens mit untauglichen Mitteln behauptet wird, oder wenn im §. 70 unter der Rubrik der Aberrationen Fälle zusammengestellt sind, die keineswegs zusammengehören. Im Texte ist nun das allgemeine Princip aufgestellt und seine Anwendung in den verschiedenen möglichen Beziehungen angegeben. Daraus erhellt, daß die Fragen über das Verbrechen an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln, ferner über die Verwechslung des einen unmittelbar tauglichen Objekts mit einem andern dergleichen, ferner über ein gemeines Verbrechen, in welchem der Thäter irrthümlich ein qualificirtes zu begehen glaubt, ferner über die Aberrationen, sofern sie von den wirklichen Konkurrenzfällen von dolus und culpa unterschieden werden müssen, — daß alle diese Fragen zusammengehören und aus einem Grundprincip beantwortet werden müssen, und zwar eben aus demselben, welches dem herkömmlichen Grundsatze über die Zurechnung des Irrthums zu Grunde liegt. Denn in allen diesen Fällen handelt es sich um dieselbe allgemeine Frage:

kann eine Absicht durch einen faktischen Irrthum ihre Natur verlieren? Entweder liegt nämlich 1) eine nicht-verbrecherische Absicht, resp. die Absicht zu einem geringeren Verbrechen vor; der Handelnde befindet sich aber in faktischem Irrthum, und vermöge dieses Irrthums wird überhaupt erst eine Rechtsverletzung oder eine größere Rechtsverletzung, als die gewollte, hervorgebracht, — hier giebt die Doktrin die richtige Entscheidung, daß die Rechtsverletzung überhaupt oder das nicht gewußte Mehr niemals zum dolus zugerechnet werden könne, d. h. daß die Handlung ganz oder theilweise den Charakter einer rechtlichen behalte. Eine andre Frage ist dann die, ob der Irrthum nicht etwa vermeidlich war, in welchem Falle, je nach der Natur des vorliegenden Delikts, der Erfolg zur culpa zugerechnet werden kann, oder auch nicht (wie beim Diebstahl, Ehebruch 2c. 2c.). Oder aber: 2) es liegt eine verbrecherische Absicht, resp. die Absicht zu einem größeren Verbrechen vor; der Handelnde befindet sich aber in faktischem Irrthum über den unmittelbaren Gegenstand oder die Mittel seiner Handlung [1]), und vermöge dieses Irrthums geschieht es, daß das beabsichtigte Verbrechen objektiv entweder gar nicht, oder doch zu einer geringeren Rechtsverletzung sich entwickelt; — hier muß nun begreiflicher Weise ganz dasselbe Princip, wie oben, zur Anwendung kommen, d. h. das gar nicht oder relativ nicht erfolgte Eintreten des Erfolgs darf dem Handelnden nicht zu Gut gerechnet werden, die Handlung bleibt eine verbrecherische. Allein Viele unsrer Kriminalisten sprechen gerade das Gegentheil aus, und auch die-

1) Ganz etwas andres ist der Irrthum über das Objekt des Verbrechens selbst, d. h. die falsche Vorstellung, daß etwas ein Verbrechen sei, was in Wahrheit keines ist. Dies ist kein faktischer, sondern ein Rechtsirrthum, gehört daher gar nicht hierher.

jenigen, welche im Resultate das Richtige treffen, leiten es doch nicht immer, wie es geschehen muß, aus dem Principe ab. Das Nähere hierüber s. unten bei der Lehre vom Versuch. 3) Ebenso verhält es sich mit dem Falle des verwechselten tauglichen Objekts und dem richtig begrenzten Falle der aberratio delicti. Auch diese Fälle können ihre Entscheidung lediglich aus dem allgemein über den Irrthum geltenden Princip erhalten. Gleichwohl sehen wir aber auch hier die Doktrin bald schwanken, bald die Fälle zerreissen, bald andre willkührlich hierherziehen, bald die Frage zwar richtig entscheiden, aber nicht aus dem Princip oder gar nur bei einzelnen Verbrechen. — Da nun eben die letztere Frage durch Geib [1]) einer neuen Diskussion unterworfen worden ist, so mag auf seine Ausführung hier etwas näher eingegangen werden.

Freilich ist sogleich die Einleitung etwas wunderlich. G. erklärt es für den Hauptfehler der gewöhnlichen Doktrin, daß sie die Frage in der Regel nur bei Gelegenheit der Tödtung und Injurie abhandle. Gleich darauf entschuldigt er dies jedoch selbst damit, daß ausserdem allerdings nur in den allerseltensten Fällen ein ähnliches Verhältniß vorkommen werde. Gleichwohl sagt er aber wieder, die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses finde in der Regel bei allen Verbrechen statt, und es sollte daher die Kontroverse als allgemeine Regel für alle Verbrechen im allgemeinen Theile, und zwar bei der Lehre vom dolus entschieden werden. Letzteres ist ganz richtig, aber nicht aus den angeführten widersprechenden Gründen, sondern

1) Vgl. Gesterding N. Arch. III. S. 486. Zachariä Versuch I. S. 274. Temme Lehre von der Tödtung S. 149. Dagegen Wächter II. S. 128. Jarcke III. S. 220. Pfotenhauer a.a.O. Bauer Abh. I. S. 400—401. (Der aber gleich darauf beim dol. gener. das umgekehrte Princip anwendet).

deshalb, weil die Frage nur ein Moment in der umfassenden Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung überhaupt bildet. Dies scheint freilich Geib nicht anzunehmen, aber offenbar, wie sich zeigen wird, nicht zum Vortheile seiner Ausführung. — Er entscheidet die Frage zuerst nach dem Geiste des römischen und des altdeutschen Rechts, wobei er auf das hier behauptete Resultat kommt, weil jenes (soweit es öffentliches Strafrecht gewesen) nur auf den dolus, dieses nur auf den Erfolg gesehen habe. Ob der Gegensatz in solcher Abstraktion überhaupt richtig, ob namentlich nicht das über die römischen Privatdelikte Angegebene unrichtig, und diese ganze Ausführung allzusehr nur von der Oberfläche abgeschöpft sei, kann hier dahingestellt bleiben. Denn, indem Geib auf die Karolina übergeht und ihren Geist dahin bezeichnet, daß die Richter überall auf das natürliche Gefühl und den gesunden Menschenverstand, mithin wohl auch auf die Natur der Sache selbst verwiesen worden seien, so erhalten wir nun seine eigene philosophische Ansicht über die Frage, um somehr, da er selbst gesteht, daß das positive Recht dem Fragenden hier überall keine specielle Antwort gebe. Nach dem Geiste der Karolina, meint nun freilich Geib, könne es gar keinen Zweifel leiden, daß in dem fraglichen Falle nie ein doloses vollendetes Verbrechen angenommen werden könne, weil dieses gegen das natürliche Gefühl und den gesunden Menschenverstand allzusehr verstoßen würde. Solche Behauptungen sind überaus bequem, aber freilich nicht ebenso überzeugend, im vorliegenden Fall schon darum nicht, weil der Verf. merken läßt, daß er den fraglichen Fall unter einen ganz schiefen Gesichtspunkt gerückt hat. Indessen läßt er sich doch auch zum Beweise seiner Ansicht herbei. Die Karolina, sagt er, und hiermit die Natur der Sache

führen von dem bloß subjektiven, sowie von dem bloß objektiven Gesichtspunkt ab zu einem subjektiv-objektiven. Damit hat er ohne Zweifel sehr Recht, aber freilich dürfte es wieder oberflächlich seyn, wenn er diesen Gesichtspunkt auch einen gemischten nennt und den Fortschritt des gemeinen deutschen Rechts eben nur in einer eklektischen Vermengung der Glieder jenes Gegensatzes sucht. Daß dem so sei, gesteht G. selbst; es wäre aber auch ohnedies aus seinen Aeusserungen über die Natur des dolus zu entnehmen gewesen. Sein Hauptsatz nämlich, aus dem alle ferneren Unrichtigkeiten sich von selbst ergeben, ist der, daß der dolus in der Bedeutung des Vorsatzes aufzufassen, mithin ein doloses Verbrechen nur dann anzunehmen sei, wenn der Erfolg eben nur die unmittelbare Verwirklichung des speciellen Vorsatzes darstelle. Um dies zu beweisen, braucht er Argumente, die an sich richtig sind, aber die theils seinen Satz nicht bekräftigen, theils in den Verlauf der Entwicklung Verwirrung bringen. Er sagt: die Hauptfrage sei, ob Absicht und Erfolg in der Art zusammengehören, daß ein doloses Verbrechen bloß dasjenige genannt werden könne, wobei der eingetretene Erfolg die Folge der Absicht des Verbrechers sei, oder ob es zu jenem Begriff auch schon hinreiche, wenn nur die verbrecherische Absicht und der beabsichtigte Erfolg überhaupt vorliegen, dieser letztere aber nicht als Folge jener Absicht, sondern als Folge irgend eines anderen Ereignisses betrachtet werden müsse; die Frage sei aber unbedingt in dem ersteren Sinne zu entscheiden. G. hat hiemit vollkommen Recht, wenn nur unter Absicht das verstanden wird, was darunter (auch nach dem Geiste des gemeinen deutschen Rechts) zu verstehen ist. Allein da er unter Absicht vielmehr den bloßen Vorsatz versteht, dessen Natur nicht durch die objektive Natur

der Handlung, sondern durch die subjektive Willkühr der Reflexion des Handelnden bestimmt wird, so wird durch diese Unterschiebung der an sich ganz richtige Satz schief, und der von G. aufgestellte Gegensatz geradezu unwahr. Denn nun ist der Sinn nicht mehr bloß der, daß die Absicht das reale Princip des Erfolgs gewesen seyn müsse, sondern der, daß der Erfolg auch dem speciellen Vorsatze des Handelnden entsprochen haben müsse. Indem nun aber in allen Fällen, wo dies nicht eintrifft, kein dolus, sondern culpa oder casus angenommen werden soll, so wird hiemit nicht nur die Natur des dolus völlig verdreht, sondern das ganze Gebiet der Zurechnung in Verwirrung gebracht. Nach der so glücklich eingeschobenen petitio principii ist es nun freilich leicht, das zu beweisen, was bewiesen werden soll. G. nimmt folgenden Gang. Er stellt erst reine Fälle der Konkurrenz zwischen dolus und culpa oder auch casus auf, die er vollkommen richtig entscheidet (dabei hat er wahrscheinlich vergessen, daß er kurz zuvor — N. Archiv 1837, S. 585. 586 selbst gesagt hat, daß solche Fälle auf die vorliegende Frage durchaus keine Beziehung haben). Denn das leidet allerdings keinen Zweifel, daß ein nicht zu berechnender Zufall, der als begleitender Umstand bei Ausführung einer verbrecherischen Absicht auftritt, durchaus seine Natur als Zufall behält, und daß ebenso ein bloßes Versehen mit einer dolosen Handlung konkurriren kann (es zeugt nur wieder von keiner Klarheit der Begriffe, wenn in der Note 65. S. 42. 43 gesagt wird, es mache im Resultate keinen Unterschied, ob man diese Fälle als culpa dolo determinata oder als eventuellen dolus bezeichnen wolle [1]).

1) Bauer a. a. O. stellt die Principien richtig auf, macht aber, wie gesagt, falsche Folgerungen. Vergl. auch Jenull in Wagners

Hier handelt es sich immer von einem rechtsverletzenden Erfolge, der an die Ausführung einer verbrecherischen Absicht sich anhängt, aber ihr fremd ist, vielmehr sein Princip in einer ausser der Handlung liegenden Ursache hat. So z. B. wenn der Dieb durch mitgebrachtes Licht eine Feuersbrunst, der Ehebrecher durch den Beischlaf einen Abort veranlaßt. Weder gehört das Lichtmitbringen und Feuermittheilen zur Natur des Stehlens, noch das Abortbewirken zur Natur des Ehebrechens. Wer also nur Diebstahl, nur Ehebruch beabsichtigte, der ist nicht doloser Brandstifter, oder Abortbewirker, ausser er hätte eventuell seine Absicht schon vorher auch auf diese möglichen Folgen gerichtet, was aber hier eben nicht in der Voraussetzung liegt. Sondern die Sache verhält sich hier gerade so, wie wenn der Dieb heute gestohlen und morgen kulpos Brand gestiftet hätte. Es konkurriren zwei dem Wesen nach einander ganz fremde Handlungen. Allein eben deshalb ist es durchaus verkehrt, derlei Fälle hier aufzuführen, wo von dem Einflusse des Irrthums auf die Zurechnung zum dolus in Beziehung auf eine in sich geschlossene Handlung die Rede ist. Ebenso würde es sich nun auch mit den Aberrationsfällen verhalten, wenn unter diesen Titel wirklich Alles das gehörte, was Heffter §. 70. darunter zusammenstellt. Allein die Fälle 3—5 sind reine Fälle der Konkurrenz zwischen dolus und culpa, der Fall 6 ist der eine von den beiden Fällen der indirekten Absicht, s. unten; und nur der Fall 2. gehört neben dem unsre Hauptfrage enthaltenden Fall 1. hieher, wird übrigens auch von Heffter unrichtig entschieden, während er im

---

Zeitschr. 1826. I. S. 312. 313 und Mittermaier a. a. O. S. 98 unten 99 ob.

Fall 1. das Richtige angiebt [1]). — Indem nun Geib sich zu den, von ihm richtig abgegrenzten, Aberrationsfällen wendet, rückt er mit seiner falschen Ansicht über die Natur des dolus etwas näher heraus, indem er einen nothwendigen Zusammenhang zwischen Absicht und Erfolg fordert und dies so erklärt, daß der wirkliche Erfolg als direkte Folge der ursprünglichen Absicht erscheinen müsse. Damit zeigt er, daß er unter dolus wirklich bloß den Vorsatz versteht, mithin auch z. B. das oben über den generellen dolus Ausgeführte nicht anerkennt. — Er sagt: „Man nehme z. B. folgende Fälle: Jemand schießt nach einem Andern, um ihn zu tödten; allein in dem Augenblicke des Abdrückens tritt ein Dritter dazwischen und erhält statt jenes die tödtliche Wunde; oder es will Jemand einen Andern durch eine Maulschelle injuriiren, dieser aber bückt sich im Augenblicke des Schlags und ein Dritter wird dadurch getroffen. Hier zeigt sich überall ein ganz ähnliches Verhältniß, wie bei den obengenannten Fällen der culpa dolo determinata, und, sowenig in jenen Fällen von einer dolosen Tödtung die Rede seyn konnte, ebensowenig ist dies hier der Fall." Es hängt Alles von dieser Voraussetzung ab; daher fragt sich eben, ob wirklich die fraglichen Fälle sich so ganz ähnlich sind? G. fährt fort: „Daß der Dritte durch den Schuß getödtet oder durch die Maulschelle getroffen wurde, ist ein von der Absicht des Verbrechens durchaus unabhängiges, rein zufälliges, höchstens kulposes Ereigniß; die ursprüngliche Absicht und der wirkliche Erfolg fallen völlig auseinander; sie haben ganz verschiedene Objekte zum Gegenstande, und von einer Verbindung beider in

---

1) Vergl. Heffter selbst im N. Arch. XII. S. 285—289, wo das Princip richtig aufgestellt ist.

der Art, daß der Erfolg aus der Absicht nothwendig hervorgegangen wäre, findet sich keine Spur; auch hier fällt also der Kausalnexus und damit von selbst der Begriff der dolosen Tödtung hinweg." Es ist nicht zu läugnen, daß Geib von seiner falschen Prämisse aus richtig argumentirt. Aber in der Sache selbst verfehlt er es ganz und gar. Vielmehr kann nichts verschiedener seyn, als die Fälle, welche er für ganz ähnlich ausgiebt. Oben nämlich handelte es sich von einem Erfolge, der sein Princip in einer ausser der Handlung liegenden Ursache hatte [1]). Hier aber ist gerade die Handlung ihrer allgemeinen Natur nach ausgeführt; es liegt gerade nur derjenige Erfolg vor, der in dem Wesen der Handlung selbst liegt und dieses in einer entsprechenden objektiven Existenz bethätigt. Hier hat sich nicht an die Ausführung einer Absicht ein ihrem Wesen fremder Zufall angehängt, dessen Wirkung dem Handelnden nur zum Versehen anzurechnen wäre, weil er ihn als möglich hätte voraussehen können. Sondern der dolus als solcher ist realisirt. Der Fehler bei Geib liegt aber darin, daß er, statt von der Absicht, von der „ursprünglichen" Absicht, d. h. von dem Vorsatz des Handelnden spricht. Hierin liegt jedoch die Verkehrtheit, daß anzunehmen wäre, das Wesen, die verbrecherische Natur der Tödtung, der Injurie liege nicht darin, daß überhaupt einem menschlichen Individuum das Leben oder die Ehre als Recht abgesprochen wird, sondern vielmehr darin, daß dies gegenüber von bestimmten Individuen geschehe. Allein offenbar ist das Gegentheil der Fall, wie auch Pfoten-

1) Dies ist auch in dem von Mittermaier a. a. O. unter c) angegebenen Fall anzunehmen, wenn das Verbrechen, das die gewollte Person traf, durch ein von dem Thäter nicht veranstaltetes Fortwirken noch weitere Personen verletzte. s. Hitzig Annal. IV. S. 1.

hauer richtig annimmt, nur daß sein Grund: wer ein Verbrechen begehen will und dasselbe auch wirklich begangen hat, ist ein doloser Verbrecher — in dieser Allgemeinheit allerdings nichts taugt. Die Sache ist aber die: Man muß sich die wahre Natur des dolus vergegenwärtigen, die offenbar nur darin liegt, daß Jemand überhaupt darauf ausgeht, einen Menschen zu tödten, zu injuriiren. Man muß nur überhaupt von der herkömmlichen Vorstellung sich losmachen, als ob das Objekt der Tödtung ein Mensch, das des Diebstahls eine Sache wäre u. s. f., da doch vielmehr das Objekt der Tödtung das Recht auf das Leben, das Objekt des Diebstahls das Eigenthumsrecht ist. Freilich kursirt jene grundfalsche Vorstellung fast allgemein in unsern Lehrbüchern, und bewirkt, daß nicht nur die besondern Thatbestände oft ganz irrig dargestellt, sondern auch Fragen des allgemeinen Theils, die auf den unmittelbaren Gegenstand verbrecherischer Handlungen Bezug haben, nothwendig verwirrt werden müssen. Zu den von Luden gemachten guten Bemerkungen gehört es aber ohne Zweifel, wenn er Abh. II. S. 161. Anm. eben auf das hindeutet, was hier angeführt wird, — wenn gleich er durch seine Grille, daß zwischen Rechts- und Gesetzesverbrechen zu unterscheiden sei, diese wie andere richtige Andeutungen selbst wieder um ihre Fruchtbarkeit bringt. Die Natur des dolus also, sagen wir, ist die Richtung des Willens auf die Verletzung eines bestimmten Rechts überhaupt, gleichviel ob der Handelnde speciell diese oder jene Person oder Sache im Auge habe. Das Verbrechen der Tödtung besteht nicht darin, daß ich den A. oder B. umbringen will, sondern darin, daß ich überhaupt einen Menschen umbringen will. Handle ich nun in dieser Absicht, so kann weiter nur die Frage seyn: habe ich diese meine

Absicht ihrer allgemeinen Natur, ihrer wesentlichen Qualität nach auch wirklich ausgeführt, d. h. habe ich durch meine mit dem animus occidendi ausgeführte Handlung auch wirklich einen Menschen umgebracht? Diese Frage ist nun aber im vorausgesetzten Falle allerdings zu bejahen. Da nun Geib selbst ganz richtig sagt, daß in der Entscheidung des Aberrationsfalls von selbst schon auch die Entscheidung des Verwechslungsfalls enthalten sei, so folgt, daß auch hier gerade ebenso gegen ihn zu entscheiden sei. Denn auch hier ist jene ebengedachte Frage lediglich zu bejahen. Gegen diese Bejahung kann aber nicht eingewendet werden, was Geib gegen Karpzov, Matthäus und Pfotenhauer einwendet: daß die Forderung des Kausalnexus ignorirt werde. Im Gegentheil gehen wir ja gerade davon aus, daß in beiden Fällen der Kausalzusammenhang zwischen Absicht und Erfolg ganz vollkommen vorhanden ist, nur das läugnen wir, daß unter den Begriff der Absicht der Begriff der „ursprünglichen" Absicht untergeschoben werden dürfe. Unsere Entscheidung folgt einfach aus dem allgemeinen Prinzip über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung zum dolus. Sie involvirt den sicherlich dem natürlichen Gefühle und gesunden Menschenverstand — falls ihnen nur die Frage richtig vorgelegt wird, — keineswegs fremden Satz: daß das Verbrechen der Tödtung in der Absicht, überhaupt einen Menschen zu tödten, nicht aber in der Kaprice, ein bestimmtes Individuum umzubringen, bestehe, daß ich daher, falls ich in dieser Absicht handle und eben nur durch meine Handlung, meinen Schlag, Stich, Schuß rc., wirklich einen Menschen um's Leben bringe, der dolosen Tödtung schuldig sei; daß ich mir es keineswegs zum Vortheil anrechnen dürfe, wenn ich den nächsten

Gegenstand meiner Handlung mit einem andern verwechselt oder auch statt desselben einen andern getroffen habe [1]). Man vergleiche doch nur den von Geib angegebenen Verirrfall, daß der, den ich tödten will, statt von mir getroffen zu werden, ausgleitet und an seinem Sturze stirbt. Hier ist allerdings ein Zufall vorhanden, dessen Wirkung mir gar nicht oder doch nur zur culpa zugerechnet werden darf. Denn hier hatte der Erfolg sein Princip in einer ausserhalb meiner Handlung liegenden Ursache. Dagegen in dem Falle der Aberration, wie in dem der Verwechslung, hat er sein Princip eben nur in meiner durch den animus occidendi, injuriandi bestimmten Handlung; es kommt hier zwar auch ein Zufall und ein Irrthum vor; aber, so wenig ich mir die Zurechnung solcher Zufälle und Irrthümer gefallen zu lassen brauche, wo ich mir bewußt bin, rechtlich zu handeln, und eben nur vermöge des Zufalls oder Irrthums meine Handlung in Rechtsverletzung umschlägt, ebensowenig darf ich hier fordern, daß sie mir zum Vortheil angerechnet werden. Geib sagt noch speciell über den Verwechslungsfall Folgendes: „In Beziehung auf den Dritten (wirklich Getödteten), der vielleicht der eigene Freund des Verbrechers war, dachte derselbe ebensowenig daran, einen Mord zu verüben, als der Dieb, der durch das Stehenlassen seines Lichtes eine Feuersbrunst erzeugt, daran denkt, eine Brandstiftung zu bewirken; die Absicht des Einen war ausschließlich auf seinen Feind, die Absicht des andern ausschließlich auf das Geld gerichtet." Hierin liegt nun der oben gerügte

1) Diese Ansicht ist auch in England und Frankreich anerkannt. s. Fourth Report of the commiss. on crim. law u. Hellie Théorie du Code pénal, bei Mittermaier a. a. O.

Fehler offen zu Tage. In der Absicht, die zum Stehlen gehört, liegt allerdings nicht entfernt die Absicht der Brandstiftung; das ist vollkommen richtig. Aber gänzlich verkehrt ist es, diesem Falle den casus in terminis gleichzustellen. Denn es liegt ja die völlige Verschiedenheit beider auf den Händen. Der Mörder wollte einen Menschen tödten; das ist sein Verbrechen, nicht, daß er seinen Feind tödten wollte; letzteres geht das Recht nichts an, dem es völlig gleichgültig ist, ob er seinen Feind und Freund tödten wollte; wie denn schon die zehn Gebote einfach sagen: Du sollst nicht tödten, du sollst nicht stehlen, — nicht aber: Du sollst deinen Feind nicht tödten, du sollst dies oder das nicht stehlen. Er wollte also einen Menschen tödten und hat es auch gethan, und zwar eben durch die Handlung, mittelst welcher er es thun wollte. Wie kann dieser Fall mit dem des Diebs irgendwo zusammengestellt werden, ausser in der Absicht, ihre vollkommene Gegensätzlichkeit aufzuzeigen? — Indessen bemerken wir noch ausdrücklich, daß wir auf die Argumentation von Gesterding und Pfotenhauer, der auch v. Hufnagel [1]) und Zachariä [2]) beistimmen, kein Gewicht legen. Gegen diese hat Geib Recht, da sie seine Prämissen zugiebt und das richtige Resultat nur durch ein Sophisma erreicht. Sie geht gerade davon aus, daß die Absicht, worauf es ankomme, die specielle Absicht gegen ein bestimmtes Individuum sei, und beruft sich nun darauf, daß für den Handelnden im Augenblicke der Handlung das getroffene Individuum auch wirklich das gemeinte sei. Mit Recht sagt

1) Kommentar Abh. V. S. 61. 62.

2) Die Lehre vom Versuch. I. §. 143. vgl. auch Luden Abh. I. S. 516 n. 1.

dagegen Geib, daß die Absicht, worauf man sich hier berufe, eine bloße Scheinabsicht sei. Auch erhellt die Unrichtigkeit jener spitzfindigen Entscheidung sogleich daraus, daß Gesterding, wie auch Hufnagel thut, in dem Aberrationsfalle gerade das Gegentheil annimmt (so auch Heffter §. 70). Geht man einmal von Geib's Prämissen aus, so muß man mit ihm in allen betreffenden Fällen bloße Konkurrenz von culpa und dolus annehmen. Entscheidet man sich aber im Fall der Verwechslung für die richtige Ansicht, so muß man es auch im Falle der Aberration thun (s. Wächter II. S. 128), sobald man sich das richtige Princip jener ersteren Entscheidung deutlich macht. Am Schlusse seiner Abhandlung streift Geib selbst in das punctum saliens, indem er zwischen speciellem und generellem dolus unterscheidet. Freilich ist der aufgestellte Unterschied ein durchaus falscher; indem er so angegeben wird: genereller dolus sei vorhanden, wenn der Handelnde sich vorgesetzt habe, überhaupt einen Mord ꝛc. zu begehen, specieller, wenn er sich vorgesetzt habe, einen bestimmten Menschen zu tödten. Allein Geib hätte hier leicht darauf kommen können, daß aller dolus nothwendig in dem angegebenen Sinne ein genereller ist, ein specieller aber angeführter Maßen gar nicht rechtlich existirt. Er will zwar gerade bei Tödtung und Injurie seinen speciellen als Regel festgehalten wissen, fügt aber selbst die merkwürdige Aeußerung hinzu, daß es nicht nur überhaupt auch bei diesen Verbrechen einen generellen dolus gebe, sondern daß dieser sogar überall zu präsumiren sei, wo die Handlung selbst zeige, daß der Thäter sich nicht auf einen bestimmten Gegenstand kapricirt habe. Solche Präsumtionen sind stets die nothwendige Folge, wenn der Begriff des dolus mit Feuerbach

mehr oder minder auf den des Vorsatzes zusammengeschraubt wird. Es braucht aber solcher zweideutigen Kunstgriffe gar nicht, sobald man sich die wahre Natur der Absicht klar macht, die freilich gar nie als specieller dolus in Geibs Sinne rechtlich in Frage kommt. Wie unpraktisch auch die Ansicht Geibs sei, geht endlich noch daraus hervor, daß er sie zu guter Letzt hauptsächlich nur bei der Tödtung für anwendbar erklärt, während er beim Diebstahl und der Injurie einen andern sinnreichen Ausweg findet, um das richtige Resultat zu treffen. Wenn er nämlich auch am Schlusse gleichwohl wieder seine Ansicht auch auf Körperverletzung, Brandstiftung, Ehebruch, Nothzucht rc. angewendet haben will, so steht hier ein Doppeltes entgegen, 1) daß er selbst vorher gesagt hat, bei andern Verbrechen, als Tödtung und Injurie, sei die Frage so gut als ganz unpraktisch, 2) daß, den Eintritt solcher unpraktischen Fälle angenommen, die Geibische Ansicht den Richter gerade ganz im Stiche läßt, sobald es sich von Ehebruch, Nothzucht oder sonst einem Verbrechen handelt, das nicht kulpos begangen werden kann. Dann frage man aber doch den gesunden Menschenverstand, ob er sich damit begnügen wird, die Ehebrecherin, die statt des erwarteten A. in der Dunkelheit den B. umarmt, oder den Nothzüchtiger, der statt der Frau die Kammerjungfer unter die Hände bekommt, bloß wegen Versuchs des Ehebruchs oder der Nothzucht bestraft zu sehen! — Indessen meint Geib gerade in einer Hauptbeziehung doch seiner Lehre die größere praktische Brauchbarkeit vindiciren zu dürfen, nämlich hinsichtlich derjenigen Fälle, wo das beabsichtigte und das irrthümlich begangene Verbrechen nicht identisch sind, sondern beide bloß zur selben Gattung gehören, wie z. B. Mord und Verwandtenmord. Nach seiner Ansicht

sei die Entscheidung ganz einfach; es sei entweder Versuch eines einfachen Mords neben kulposer Verwandtentödtung, oder es sei Versuch eines Verwandtenmords neben kulposer einfacher Tödtung anzunehmen. Dagegen sei die gewöhnliche Ansicht hier voller Inconsequenz, da sie in beiden Fällen nur einfachen Mord annehmen, das eine Mal aus dem objektiven das andere Mal aus dem subjektiven Gesichtspunkt argumentirend. Allein dieser Vorwurf fällt hinweg, sobald man die Sache unter das richtige Princip stellt. Wollte der Thäter ein gemeines Verbrechen begehen und beging nur aus Irrthum ein qualificirtes, so hat man vollkommen Recht, wenn man ihm diesen Irrthum nicht zurechnet. Wäre freilich der Irrthum vermeidlich gewesen, so rechtfertigt sich, falls das Verbrechen überhaupt auch kulpos begangen werden kann, eine Erhöhung der Strafe wegen culpa [1]). Allein, denkt man wieder an Fälle, wie die Fleischesverbrechen z. B. einen im Irrthum begangenen Ehebruch, während der Thäter nur ein gewöhnliches Stuprum begehen wollte, so wird man sicher die Geibische Methode nicht für die dem natürlichen Verstande zusagende halten können.—Wollte umgekehrt der Thäter ein qualificirtes Verbrechen begehen, beging aber aus Irrthum nur ein gemeines, so hat man praktisch jedenfalls Recht, wenn man ihm das begangene gemeine, da ja solches in dem beabsichtigten enthalten ist, vollkommen zurechnet; nur wird man den Reat hier genauer als einen qualificirten Versuch eines qualificirten Verbrechens bezeichnen und eben deßhalb auch die Strafe des gemeinen Verbrechens um etwas erhöhen müssen [2]).

---

1) Dieß ist bei Mittermaier a. a. O. S. 99. oben nicht hervorgehoben.

2) Vgl. nach Hess. Gb. Art. 62. Bad. Entw. Art. 89.

Sieht man aber die Sache so an, so befolgt man keineswegs entgegengesetzte Gesichtspunkte, sondern wendet auch hier, wie in mehreren andern Fällen Ein und dasselbe einfache Princip an.

§. 110.

Die direkte Absicht setzt einen Menschen voraus, der als Denkender handelt und als solcher die innere Natur seiner Handlung ihrer wesentlichen Qualität nach, hiemit auch ihre Folgen in seinem Bewußtsein entwickelt und den Eintritt dieser Folgen, sie erscheinen nun als realmögliche oder als bloß mögliche, direkt oder eventuell gebilligt hat. Mag auch der Handelnde hinterher einen beschränkteren Vorsatz gehabt zu haben behaupten, so muß er gleichwohl, falls er nur überhaupt mit Vorsatz gehandelt hat, das Recht der Objektivität der Handlung wider sich gelten lassen [1]. Während aber in diesem Falle dem Handelnden nur der substantielle Inhalt seines wirklich gehabten Vorsatzes aus der objektiven Existenz seiner Handlung nachgewiesen und entwickelt wird, so macht sich nun ferner das Recht der Objektivität der Handlung selbständig gegen den Handelnden geltend, wo dieser ohne Vorsatz, gleichwohl aber auch nicht bloß kulpos, sondern so gehandelt hat, daß ihm die hervorgebrachte Rechtsverletzung zwar nicht zur direkten wohl aber zur indirekten Absicht [2] zugerechnet werden kann.

β) Indirekte Absicht.

§. 111.

Die Zurechnung zur indirekten Absicht setzt voraus, daß der Thäter weder mit Vorsatz, noch bloß kulpos gehandelt habe. Sie erfordert also 1) im Unterschiede vom Versehen eine Absicht, d. h. den Entschluß, eine Handlung zu begehen,

1) Luden Handbuch §. 36. Anm. 9. Abh. II. S. 557. Anm. 1.
2) Michelet Moral S. 88. ff.

die ihrer wesentlichen Natur nach verbrecherisch ist; allein diese Absicht darf 2) nicht direkt im Bewußtsein des Handelnden liegen, sie darf nicht in der Form des Vorsatzes in seinem Wissen vor der Handlung gegenwärtig gewesen seyn; sie setzt daher einen ohne Ueberlegung Handelnden voraus, mithin einen solchen, der als sinnlich Einzelner handelt, was sowohl dann möglich ist, wenn sich Jemand von einem Affekte zu einem die Ueberlegung überstürzenden Entschlusse hinreissen läßt (impetus), als dann, wenn Jemand in frevelhaftem Leichtsinn handelt, während er selbst die verbrecherische Natur seiner Handlung bedacht hat, ohne doch den Eintritt des rechtsverletzenden Erfolgs direkt oder eventuell zu wollen (luxuria). Dieser Schuldgrad steht mithin 3) zwischen der direkten Absicht und dem Versehen, von welchen beiden er ein Element an sich hat, und zwar so, daß in der Form des impetus die Absicht, in der Form der luxuria das Versehen überwiegt, in beiden Formen aber so, daß die Einheit dieser Elemente nicht bloß eine äusserliche (culpa dolo determinata, oder besser Konkurrenz einer dolosen Handlung mit einer kulposen), sondern eine innerliche ist. Beim impetus insbesondere liegt das Dolose in dem Entschlusse, überhaupt eine Rechtsverletzung zu begehen, überhaupt auf eine Weise sich zu benehmen, die nothwendig zu rechtsverletzenden Folgen führen muß; das Kulpose dagegen darin, daß der Thäter eben dem Sturme des Affekts sich preisgiebt, der ihn verhindert, sich das Bewußtsein der allgemeinen Qualität seiner Handlung zu entwickeln und hiernach einen Vorsatz zu fassen, daher denn auch die Annahme eines Vorsatzes in solchen Fällen geradezu widersinnig ist und das Kriterium für die Natur der Absicht (Körperverletzung, Tödtung u. s. f.) vielmehr nur in der objektiven Existenz der Handlung selbst liegt. Bei der luxuria liegt das Kulpose darin, daß der Handelnde weder direkt, noch eventuell einen rechtsver-

letzenden Erfolg hervorbringen wollte, das Dolose aber darin, daß er sich die objektive Gefährlichkeit seiner Handlung wirklich vorgestellt und gleichwohl in frevelhaftem Leichtsinne darauflos gehandelt, mithin die Folgen zwar nicht direkt, wohl aber indirekt auf sich genommen hat.

Anm. — Das zu erwartende Staunen über die Möglichkeit einer Vertheidigung des verschrieenen dolus indirectus wird sich legen, wenn man zuvörderst erwägt, daß die indirekte Absicht in dem hier angegebenen Sinne keineswegs mit dem Nettelbladt-Glänzer'schen dolus indirectus identisch ist, der neben den wahren Fällen auch den eventuellen dolus und die culpa dolo determinata, ja wohl überhaupt den ex re bewiesenen dolus directus unter sich begriff, wenn man dann weiter sich zum Bewußtsein bringen will, wie unpraktisch d. h. dem wirklichen Leben fremd die auf Feuerbachs Schuldlehre gebaute herkömmliche Doktrin über diese Punkte ist und wie daher mit Recht bei den neusten Schriftstellern sich mehrfach das richtige Bedürfniß ankündigt, neue Wege einzuschlagen (wir erinnern hier vorläufig an Heffter, Roßhirt, Luden)[1]), wenn man endlich die historische Entwicklung der gesammten Schuldlehre seit dem Ende des 18ten Jahrhunderts, die unten im Zusammenhange gegeben werden und zeigen soll, daß man auch hier nur mit größter Inkonsequenz noch an der Autorität Feuerbachs hänge, unbefangen würdigen will. — Hier ist vorerst die Bestimmung des Paragraphen gegen die abweichende Ausführung von Michelet[2]) zu rechtfertigen. — Zwar ist bei diesem die Deduktion der indirekten

---

1) Weber im N. Arch. VI. S. 448. Mittermaier ebend. VIII. S. 350. Ders. n. 1 zu Feuerbach §. 60.

2) Moral S. 89—94.

Absicht überhaupt ganz richtig, insbesondre dies, daß hier nicht das entwickelte Bewußtsein der Absicht stattfinde, diese aber in dem Entschlusse zur Thätigkeit eingehüllt liege, da das Subjekt die Substanz der Handlung, als sein eigenes Inneres, nicht verläugnen könne. Dagegen schränkt er die indirekte Absicht irriger Weise auf die Form des impetus ein und führt die Requisite derselben nicht richtig aus. Insbesondre ist bei ihm der Unterschied der indirekten Absicht von der bloß indirekt, ex re bewiesenen direkten Absicht keineswegs mit der erforderlichen Genauigkeit festgestellt. Wenn er aber die indirekte Absicht definirt als: eine nicht beabsichtigte Rechtsverletzung, welche als die nothwendige Folge einer beabsichtigten anzusehen sei, so ist hieran das Fehlerhafte eben dies, daß er hiemit eine direkte Absicht fordert. Er verlangt die direkte Absicht zu schaden, was zwar für die Form des impetus richtig, dagegen für die Form der luxuria falsch ist und auch bei jener nicht das Eigenthümliche ausmacht. Er verlangt ferner, daß der Handelnde die nothwendige Folge nicht vorhergesehen haben müsse, was wiederum nicht richtig ist, sofern dadurch die Form der luxuria ausgeschlossen wird. Endlich aber ist es völlig willkührlich, wenn der Begriff der indirekten Absicht fast ganz nur auf das Gebiet des Todtschlags eingeschränkt wird. — Gleichwohl aber ist der Kern seiner Darstellung vollkommen gesund, und eben darin liegt die Rechtfertigung für die hier gegebenen, das Princip konsequent ausführenden Bestimmungen, deren Richtigkeit aus einer Vergleichung mit den von Berner, abermals abweichend von dem Begriffe der Sache gegebenen am besten erhellen wird. Gegen die Aufstellung des Begriffs der indirekten Absicht überhaupt weiß er nichts zu sagen, als daß es sich hier nicht um spekulative, sondern um reine Ver-

standesbestimmungen handle, wogegen nur zu bemerken ist, daß wir unsrerseits den gedachten Begriff, auf den allerdings eine spekulative Betrachtungsweise führt, gar nicht für einen solchen halten, welchen aufzufassen, dem Verstande unmöglich wäre. Dagegen liegt ein richtiges Bewußtsein darin, wenn Berner den Begriff der luxuria als denjenigen bezeichnet, welcher an die Stelle der vermeintlich zu verwerfenden indirekten Absicht treten müsse. Er selbst stellt nun mit der herrschenden Doktrin[1]) den impetus als Unterart unter den dolus, die luxuria unter die culpa. Indessen zeigt seine Ausführung keine große Bestimmtheit der Begriffe. So sagt er z. B. vom impetus nur, daß hier das Moment der Berathung durch den hinzutretenden Affekt überstürzt werde. Er giebt zu, daß bei der Prämeditation das böse Princip tiefer in der Subjektivität des Handelnden liege, als beim impetus, meint aber doch auch wieder, man dürfe letzteren nicht zu leicht nehmen, da er dolos sei und bleibe (S. 183). Daß dies leere Behauptungen seien, mit denen sich die Entwicklung von Michelet nicht abfertigen läßt, liegt am Tage. Ueber die Natur des Affekts scheint dabei nicht tiefer nachgedacht zu seyn. Uebrigens ist selbst der eigene Ausdruck Berners, daß hier das Moment der Berathung überstürzt werde, offenbar gegen die Behauptung, daß der impetus eine Form des Vorsatzes sei, da letzterer ohne Berathung nicht mehr Vorsatz ist, während eine Absicht ohne Berathung sich allerdings denken läßt. Weit bestimmter ist die Ausführung von Luden Handbuch §. 37, welcher offen heraus behauptet, der Affekt schließe keineswegs die Möglichkeit aus, etwas zu beabsichtigen, d. h. sich zu einer Thätigkeit zu entschließen

---

1) Mittermaier not. 4 zu Feuerbach §. 54.

„mit der Vorstellung, daß aus derselben mit Bestimmtheit ein gewisser Erfolg hervorgehen werde.“ Wenn sich nachweisen ließe (sagt er), daß durch den Zustand des Affekts die zum dolus erforderliche Bestimmtheit der Vorstellung von dem Kausalzusammenhange ausgeschlossen würde, so würde bei affektvollen Zuständen gar nicht von dolus die Rede seyn können. Die Vorstellung von dem Kausalzusammenhange könne aber nicht in verschiedenen Graden der Bestimmtheit vorkommen, sondern sie könne nur entweder überhaupt vorhanden seyn, oder nicht vorhanden seyn. Diese Argumentation ist durchaus folgerichtig, da es für Luden ein feststehender Satz ist, daß der dolus das bestimmte Bewußtsein des Kausalzusammenhangs involvire. Durch die Forderung der Bestimmtheit dieses Bewußtseins macht allerdings Luden den dolus zum Vorsatz, während sich im Uebrigen seine Definition sehr dem richtigen Begriffe der Absicht nähert. Aber gerade die Anwendung jener Definition auf den Fall des Affekts zeigt das Scholastische dieser Ansicht. Denn, um konsequent zu seyn, muß Luden vom Affekte eben das behaupten, was geradezu gegen dessen innerste Natur ist: daß er die Vorstellung eines bestimmten Erfolgs, ein entwickeltes Bewußtsein von der Natur der Handlung, insbesondre ihren nothwendigen Folgen zulasse. Hätte er das Leben und seine Erfahrung um Rath gefragt, so würde er viel mehr Gewicht auf den von Feuerbach[1]) vorgebrachten Zweifelsgrund gelegt haben, daß bei dem Affekte mehr die unvorsichtige Nachsicht des Menschen gegen die zum Affekt herangewachsene Empfindung in Rechnung zu kommen, daß daher hier der rechtswidrige Vorsatz unmittelbar an die bloße Fahrläßigkeit zu grenzen

1) Kriminalfälle II. S. 166.

oder sich gar in das Gebiet derselben zu verlieren scheine. Nicht minder dürfte die legislatorische Behandlung des Todtschlags seit der Karolina bis in die neuesten Strafgesetzbücher herab darauf hinführen, daß dem natürlichen Gefühle und gesetzgeberischen Takte allerdings der Begriff der indirekten Absicht vorgeschwebt habe, da ihnen, wie Luden ganz richtig bemerkt, die freilich vielfach kursirende Vorstellung, daß der dolus Grade habe, als eine widersinnige nicht untergeschoben werden kann. Ihre Behandlung des Todtschlags zeigt, daß sie das Bewußtsein davon haben, daß hier der dolus innigst mit einem kulposen Element versetzt ist, das nicht anatomisch von ihm abgelöst werden kann, wie bei der culpa dolo determinata, sondern ihm innerlichst inhärirt und ihn eben darum zu einem von der direkten Absicht bestimmt unterschiedenen Schuldgrade macht. Wenn Jemand in der Absicht, zu stehlen, mit Licht einsteigt und dadurch eine Feuersbrunst verschuldet, so treffen allerdings dolus und culpa äusserlich zusammen, und es wäre im Wesen dasselbe, wenn der Diebstahl heute, die Brandstiftung morgen stattfände. Wer dagegen im Affekte tödtet, einen Andern am Körper verletzt u. dgl., bei dem konkurriren nicht zweierlei Arten von Verschuldung; seine Schuld ist nur Eine, und das Charakteristische derselben besteht darin, daß dolus und culpa hier innerlich Eins sind, daß die ganze Handlung ebensowohl durch das eine, als durch das andere Moment bestimmt ist. Von einem Vorsatze kann hier nicht die Rede seyn, da dieser die Prämeditation, die Berathschlagung nothwendig voraussetzt. Gleichwohl kann auch nicht bloße culpa angenommen werden, da die Handlung im Affekte immer eine positiv gewollte bleibt. Sie ist aber keine direkt gewollte, der Mensch handelt dabei nicht als Denkender, Allge-

meiner, sondern als sinnlich Einzelner, von seinem Affekte Hingerissener. Eben dies aber, daß er sich von dem Affekte hinreissen läßt, bildet das kulpose Moment an seiner Verschuldung, die gleichwohl in ihrer Wurzel dolos ist. Da nun hier stets, zwar nicht ein Vorsatz, wohl aber eine Absicht ausgeführt, diese jedoch nicht als entwickelter Inhalt des Bewußtseins, als direkter Gegenstand des Willens, sondern als Gebot des dämonisch wirkenden Affekts vollbracht wird, dem man sich eben nicht hätte überlassen sollen, so ist es ganz passend, hier von einer indirekten Absicht zu reden [1]). Stellt man, wie das gewöhnlich geschieht, den impetus und den vorbedachten dolus als Arten Einer Gattung zusammen, so verkennt man wenigstens theoretisch die Natur der Sache, die man doch in der gelinderen Bestrafung des ersteren anerkennt. Aber auch praktisch veranlaßt man Verirrungen, da man den Inquirenten die Unmöglichkeit zumuthet, aus dem Todtschläger einen Vorsatz heraus zu inquiriren, den er niemals zugeben kann, wenn er nicht sich selbst das größte Unrecht thun will [2]). Die Erfahrung lehrt hinlänglich, welche Künste es braucht, um derlei Angeschuldigten einen ordentlichen direkten dolus occidendi abzuverhören, während die Vertheidiger denselben Reat unter den Begriff der culpa dolo derteminata zu bringen, nicht geringerer Subtilitäten bedürfen. Daher haben auch in Ständeversammlungen solche Mitglieder, die gerade durch praktischen Takt sich auszeichneten, bei Gelegenheit des Todtschlags hin und wieder die Meinung geäussert, daß dieser Begriff zwischen dem dolus eventualis und der culpa dolo

1.) Vergl. auch Wirth I. S. 134.

2) s. auch Bauer Vergleichung des urspr. Hannöv. Entwurfes S. 129. 130. Mittermaier N. Arch. X. S. 542. Roßhirt N. Arch. VIII. S. 376—379.

determinata hin und her schwanke und durch keines von beiden genügend bezeichnet werde, worin die ganz richtige Forderung Dessen liegt, was hier durch den Begriff der indirekten Absicht ausgedrückt werden soll. — Besser, als dem impetus, geht es gewöhnlich der luxuria [1]), sofern man immer häufiger findet, daß dieser Schuldgrad wenigstens besonders herausgehoben und eigenthümlich gewürdigt wird, so z. B. ganz besonders entschieden und wesentlich mit der hier vorgetragenen Ansicht übereinstimmend, von Roßhirt Gesch. und System II. S. 212—214. Heffter §. 67 [2]). Auch Berner streift hier ganz an den entscheidenden Punkt, wenn er, von der Unbrauchbarkeit bloß quantitativer Eintheilungen der culpa ausgehend, auf die Unterscheidung derselben in Frevelhaftigkeit (luxuria) und Unvorsichtigkeit als die einzig mögliche qualitative kommt. — Er hat mit der Behauptung dieses Unterschieds als eines qualitativen so sehr Recht, daß man sich nur wundern muß, wie er und Heffter diese Unterscheidung überhaupt noch innerhalb der culpa stehen lassen mögen, während sie doch die luxuria als ein Mittelding zwischen dolus und culpa schildern. Berner sagt, eine culpa mit dem Bewußtsein der Möglichkeit des verbrecherischen Erfolgs sei allerdings denkbar. Wer etwa mit einem unbeschirmten Lichte in ein Pulvermagazin gehe, wer aufs gerathewohl ein Gewehr an einem nicht ganz unbelebten Orte abschieße, wohlwissend, welche entsetzlichen Folgen sich an solche Handlungen anknüpfen können, der brauche darum diese Folgen noch keineswegs dolos herbeigeführt zu haben. Ganz richtig. Da-

1) s. schon v. Almendingen Bibl. f. peinl. Rechtsw. II. 2. S. 16—18. 46. 63. dagegen aber Oersted Grundregeln S. 238.
2) Vergl. Weber N. Arch. VII. S. 571—573.

rin liegt der Unterschied der luxuria vom dolus eventualis. Wenn übrigens hier B. sagt, dieser Unterschied liege darin, daß der dolus das Bewußtsein von der Nothwendigkeit, dagegen die luxuria nur das Bewußtsein von der Möglichkeit des verbrecherischen Erfolgs involvire, so vergißt er ganz seine eigene richtige Definition des dolus eventualis. Vielmehr ist bei der luxuria, wie beim eventuellen dolus, nur das Bewußtsein der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit vorhanden; der Unterschied ist aber, daß beim eventuellen dolus eben dieses als möglich oder wahrscheinlich Gewußte direkt gewollt wird, bei der luxuria dagegen nicht. Gleichwohl aber ist die luxuria auch nicht mehr reine culpa. Sie hat, obwohl das kulpose Element in ihr überwiegt, doch auch ein doloses an sich, welches eben darin liegt, daß der Mensch trotz seiner Einsicht in die verbrecherische Natur seiner Handlung frevelhaft, ruchlos drauf loshandelt. Sowenig hier gesagt werden kann, der Erfolg habe direkt im Willen gelegen, so gewiß muß doch behauptet werden, er habe indirekt darin gelegen, wovon bei der wahren reinen culpa, der Unvorsichtigkeit niemals die Rede seyn kann [1]). Sehr treffend sagt Heffter: die Schuld liegt hier in dem Mangel an rechtlichem Willen, dasjenige gehörig zu bedenken und zu meiden, was für die Rechte Andrer Nachtheiliges entspringen kann; sie ist das Produkt der höchsten Einseitigkeit, Rücksichtslosigkeit oder Rohheit des Willens, oder des höchsten Leichtsinns, der Frivolität, und grenzt zunächst an dolus. Roßhirt geht sogar, was allerdings

1) Auch Wirth a. a. O. I. S. 133, obgleich er die luxuria noch zum Versehen rechnet, erkennt dies an, indem er sagt, daß, sobald das wahre Wissen schon aktuell zu werden anfange, bereits die That durch die ganze Subjektivität, Wissen und Wollen, gedeckt (d. h. dolos) zu werden anfange.

Uebertreibung ist, zu der Behauptung fort, daß die luxuria an innerer Bösheit und Strafbarkeit den impetus überwiege. Immerhin liegt aber hierin das richtige Gefühl, daß dieser Schuldgrad nicht reine culpa sei, sondern zugleich ein doloses Element in sich schließe. Man würde dies offener anerkennen, wenn man sich nicht seit Feuerbach daran gewöhnt hätte, dolus und propositum zu identificiren. Direkte Absicht, Vorsatz fehlt freilich bei der luxuria ebensowohl, als dies auch beim impetus fehlt. Aber Absichtlichkeit findet gleichwohl bei beiden statt. Diese ist nur dann ausgeschlossen, wenn das Bewußtsein von der verbrecherischen Natur der Handlung ganz fehlt, wie dies bei der reinen culpa, der Unvorsichtigkeit, der Fall ist. Nur hier kann von einem bloßen Versehen, von einer unabsichtlichen Rechtsverletzung gesprochen werden, die zwar immerhin noch mittelbar dem Willen zur Schuld fällt, weil dieser jenes Bewußtsein hätte haben können und sollen, aber auch eben nur mittelbar, nur als Versehen. Dagegen, so oft der Handelnde sich die verbrecherische Natur seiner Handlung wirklich vorgestellt hatte und gleichwohl in ruchlosem Leichtsinne drauf los handelte, da hat er sich nicht mehr bloß unabsichtlich versehen; solche Rohheit und Frivolität kann sich von dem Vorwurf wenigstens indirekter Billigung der Folgen, d. h. indirekter Absichtlichkeit nicht losmachen. — Wenn auf der Stufe des Vorsatzes das Subjekt das Recht des Wissens geltend machen darf, so darf es allerdings auch auf dieser höheren Stufe das Recht der Absicht geltend machen, aber ebensowenig absolut, als dort, vielmehr in weit geringerem Umfange. Dort nämlich handelte es sich um das Verhalten des Subjekts zu den ihm seiner innersten Natur nach fremden objektiven Umständen, die es nur durch Wahrnehmung zu Momenten seines Bewußt-

seins machen kann. War nun diese Wahrnehmung eine beschränkte, so bestand die Schuld nur in einem, zwar nicht verzeihlichen, aber doch auch nicht dem Begriffe des Menschen als denkenden Wesens geradezu widersprechenden Irrthum. Ganz anders hier, wo es sich nicht mehr um einen bloßen Irrthum, einen Mangel des Bewußtseins in Beziehung auf die dem Subjekt ursprünglich fremden äusseren Objekte, sondern um einen Widerspruch gegen den Begriff des subjektiven Geistes selbst, als eines wesentlich denkenden, allgemeinen handelt. Die Forderung, daß der Mensch in den besonderen Seiten seiner Handlung deren allgemeine Natur, ihre begriffsmäßige Qualität erkenne, geht aus dem Begriffe des menschlichen Geistes selbst hervor. Sobald daher der Handelnde überhaupt zurechnungsfähig ist, so kann er die hierin liegende obligatio ad diligentiam nicht von sich abweisen; hat er als sinnlich Einzelner, im Affekte oder im Leichtsinne gehandelt, so ist ihm zwar keine direkte, wohl aber eine indirekte Absicht zuzurechnen, weil er keineswegs bloß aus Versehen einen nicht gewollten, sondern — im ersten Fall einen gewollten, wenn gleich nicht deutlich gewußten, im zweiten Fall einen gewußten, wenn gleich nicht direkt gewollten Erfolg hervorgebracht hat. (Vergl. noch J. d'Anethan de meditato delicto besonders S. 16. 20. und Roßhirt im N. Arch. VIII. S. 381—395.

§. 112.

Von den Fällen der indirekten Absicht ist daher wohl zu unterscheiden der Fall einer bloß äusserlichen Konkurrenz von dolus und culpa (culpa dolo determinata), welcher ebenso angesehen werden muß, als ob die dolose und die kulpose Handlung zu verschiedenen Zeiten verübt worden wäre, daher keineswegs, wie dies mit der indirekten Absicht der Fall ist, einen besonderen Schuldgrad begründet.

Anm. — Hierher gehören nun die bei Heffter §. 70. unter 3—5 angef. Aberrationsfälle, z. B. wenn der Dieb durch Unvorsichtigkeit mit dem Lichte zugleich eine Feuersbrunst erregt, wenn durch Nothzucht an einer Schwangern zugleich ein Abortus verursacht, durch einen auf Wilddieberei Ausgegangenen ein versteckt liegender, von ihm für ein Wild gehaltener Mensch getödtet wird u. s. f. vergl. Wächter §. 81. Luden §. 39 (der mit Recht die beschränkte Fassung des Württembergischen und des Hannövrischen Gesetzbuchs tadelt, sofern allerdings der fahrläßig hervorgebrachte Erfolg nicht nur ein größerer, sondern auch ein geringerer seyn kann, als der beabsichtigte). — Es ist jedoch, wie schon bemerkt, ein Irrthum, wenn die gewöhnliche Doktrin mit diesem Begriff der culpa dolo determinata die Lücke auszufüllen glaubt, welche durch das Herausfallen des dolus indirectus entsteht. Wenn Berner S. 257. 258 meint, man würde nicht auf den Begriff des dolus indirectus gekommen seyn, wenn man den Begriff der Frevelhaftigkeit richtig erfaßt hätte, so liegt hierin etwas sehr Wahres. Im Begriff der indirekten Absicht liegt eben das Handeln im Affekt und das Handeln in frevelhaftem Leichtsinn. Es ist aber gerade verkehrt, wenn die Frevelhaftigkeit, als bloße culpa, neben die Unvorsichtigkeit gestellt wird. Dasselbe richtige Gefühl findet sich bei Heffter §. 70 unter nr. 6. vergl. Anm. 7. und bei Luden Handb. §. 39 ausgesprochen. Insbesondere sagt letzter treffend, daß man Konkurrenz von dolus und culpa nur dann annehmen dürfe, wenn die verschiedenen Erfolge neben einander bestehen können, daß dagegen der Begriff der culpa dolo determinata ausgeschlossen bleiben müsse, wo das Gegentheil stattfinde, indem hier überall nur Eine, entweder dolose oder kulpose, Handlung angenommen

werden könne [1]). Wenn hier in Ludens Sinn und nach Heffters ausdrücklicher Erklärung vorzüglich von dem Begriff der luxuria Anwendung gemacht werden soll (namentlich dann, wenn Jemand gefährliche Handlungen unternimmt, deren Folgen sich nie mit Sicherheit berechnen lassen), so liegt hierin das richtige Bewußtsein, daß der Begriff der culpa dolo determ. keineswegs Alles das leiste, was man anfänglich von ihm erwartet hatte, daß er insbesondere den alten dolus indirectus keineswegs ersetze, insbesondere da nicht, wo die Handlung in sich Eins ist und kein mechanisches Nebeneinander von dolus und culpa angenommen werden kann. Wenn nun in die richtig empfundene Lücke der in diesem Sinne neue Begriff der luxuria eingeschoben, zugleich die gegenüber der Prämeditation viel geringere Strafbarkeit des impetus anerkannt wird, so ist für den praktischen Gebrauch im Wesentlichen dasselbe erreicht, was hier theoretisch konstruirt wird; d. h. es stellen sich vier eigenthümliche Schuldstufen heraus: prämeditirter dolus (direkte Absicht), impetus, luxuria, einfache culpa. Allein ist es nicht inkonsequent, die Kluft zwischen Prämeditation und impetus, sowie zwischen luxuria und culpa theoretisch wieder dadurch zu verwischen, daß man den ersten Gegensatz unter das genus des dolus, den zweiten unter das der culpa zwängt, während in unsrer Darstellung die Stufenfolge weit natürlicher sich darstellt? Die Sache hat aber auch ihre praktische Seite. Zwar vom impetus ist es, trotz der irrigen Theorie, allmälig zum allgemeinen Bewußtsein gekommen, daß er in praktischer Beziehung einen eigenen Schuldgrad — tief unter dem prämeditir-

1) s. auch Wächter I. §. 81. n. 61. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 60. Marezoll S. 74. n. 2.

ten dolus bilde [1]). Dagegen ist die luxuria in ihrer Eigenthümlichkeit noch keineswegs gehörig gewürdigt, was auch Heffter zugeben wird, da er sie zunächst an den dolus grenzen läßt. Sie erscheint noch in den neuen Gesetzgebungen als bloße Unterart der culpa überhaupt, und wird als solche viel zu mild behandelt, da sie vielmehr in der Strafbarkeit dem impetus ganz zunächst gerückt seyn sollte — ein Nachtheil, der bloß dem herrschenden theoretischen Irrthume zuzurechnen ist. Würde aber die wahre Natur der indirekten Absicht in ihren beiden Formen, impetus und luxuria, gehörig eingesehen, so würden auch mehrere bestimmten Verbrechen, deren Begriffe sich vorzugsweise auf diesem Gebiete bewegen, und von denen hier nur beispielsweise das Duell und die Aussetzung erwähnt seyn sollen, weit richtiger behandelt werden, als es gewöhnlich in den Lehrbüchern geschieht (in den neuen Gesetzbüchern hat hier häufig ein richtiger praktischer Takt die doktrinären Schranken durchbrochen und den irrigen Dogmen der vorausgesetzten Schuldlehre zum Trotz die begriffsmäßige Entscheidung herbeigeführt, wie dies z. B. an dem Württembergischen Strafgesetzbuch bei verschiedenen interessanten Punkten klar aufgezeigt werden kann).

Anm. 2) — Am Schlusse der vorstehenden Entwicklung der Schuldlehre dürfte es am Platze seyn, noch besonders zu erinnern, daß die gegenwärtig größten-

---

1) Vergl. Heffter §. 97. Marezoll §. 42. l. 11. §. 2. D. de poenis. Dazu Elvers Prakt. Arbeiten. S. 236. Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 173 ff. Roßhirt Gesch. u. Syst. II. S. 208 ff. Ueber franz. und engl. Recht s. die Literatur bei Mittermaier not. 1. zu Feuerbach §. 215. Bair. GB. Art. 151. Sächs. GB. Art. 123. Württ. GB. Art. 245. Bad. Entw. Art. 187.

theils noch herrschende Ansicht über dolus und culpa überall erst von dem Einflusse der kritischen Philosophie auf die Bearbeitung des Strafrechts datirt, während die früher herrschende Doktrin von den Einseitigkeiten dieser Ansicht nichts wußte. Vor dem gedachten Zeitpunkte nämlich findet man freilich überhaupt keine tiefer eingehenden Untersuchungen über die Natur dieser Begriffe, an deren Stelle man sich theils mit den Aussprüchen des positiven Rechts, theils mit den Forderungen des gesunden Menschenverstandes, wie sie das praktische Bedürfniß mit sich brachte, begnügte. Denn, wenn auch gleich die erste (dogmatische) Periode der modernen Deutschen Rechtsphilosophie neben andern Disciplinen auch dem Strafrechte seine Theorieen zukommen ließ, so ist doch der im Wesentlichen unschuldige Charakter jener Theorieen hinlänglich bekannt, um zum Voraus vermuthen zu lassen, daß sie das Centrum der strafrechtlichen Begriffe so wenig als möglich berührt haben werden. Je weniger es in ihrer Absicht lag, Recht und Staat überhaupt und so auch das Strafrecht spekulativ zu konstruiren, je mehr sie sich vielmehr damit begnügten, für das als gegeben Angenommene verständige Erklärungsversuche vorzubringen und im Einzelnen auf Verbesserungen hinzuführen, desto weniger konnte es ihnen auch darum zu thun seyn, die philosophische Kritik auch auf solche Punkte auszudehnen, welche, wie die Schuldlehre, ihnen von dem positiven Rechte genügend behandelt und mit jeder Begründungsweise des Strafrechts im Ganzen vereinbar erscheinen mochten [1]). So sehen wir denn, daß

1) Dabei war es freilich ungeschickt, wenn man den dolus als animus nocendi definirte, u. dgl. s. jedoch auch Cicero pro Tullio c. 25. bei Birnbaum N. Arch. 1837. S. 280. und den Code pénal v. J. 1791. ebend. S. 301. und Birnbaum selbst S. 493 ff.

man sich damit begnügte, das dolose Verbrechen als vorsätzliches oder absichtliches Verbrechen zu definiren, womit dann eben nur der Gegensatz zum Unvorsätzlichen, Unabsichtlichen, zum Zufall oder Versehen, ausgedrückt werden sollte. Darüber, daß im dolus ebensowohl die indirekte, als die direkte Form enthalten sei, hatte man keinen Zweifel, wie denn der Kampf gegen den dolus indirectus erst von dem Standpunkte der kritischen Philosophie aus begonnen wurde [1]. — Wenn nun hier dieser Kampf als ein theilweise unberechtigter und in seinem Resultate schädlicher bezeichnet wird, so soll damit keineswegs geläugnet werden, daß er nicht relativ auch seine sehr gute Berechtigung gehabt habe. Nicht nur insofern, als man den scharfen, oft derben Erörterungen jener lebensfrischen kritischen Schule überhaupt erst ein lebendiges Bewußtsein der Wissenschaft über die Wichtigkeit der Schuldfrage, und eine wahrhaft wissenschaftliche Behandlung derselben verdankt, sondern auch gegenüber der vorher herrschenden Doktrin insofern, als die kritische Schule ihren naturrechtlichen Vorgängern erst aufwies, was in den von diesen selbst früher angeregten Principien liege und wie diese ausgebeutet werden müssen. Denn auch vor der Erscheinung der kritischen Philosophie hatten ja viele ihrer Hauptgrundsätze über Recht und Staat bereits in den dogmatischen Naturrechtslehren kursirt; auch diese hatten den Staat als eine durch Vertrag producirte Rechtssicherheits- oder Glückseligkeits-Anstalt geschildert und demgemäß das Strafrecht auf ver-

1) Christiani Kiel. Magazin I. 3. II. 3. Püttmann D. de distinct. 1. animum occ. dir. et indirectum. Eckhard Pr. de dolo indir. Semas Betracht. über den s. g. dol. indir., besonders aber Feuerbach Bibl. II. 1. nr. 5. §. 13. 14.

schiedene Zwecke gegründet. Allein wie jene Theorieen im Gebiete des Staatsrechts mit den inhaltschwersten Gedanken, wie sie nachher in der französischen Revolution zum Vorschein kamen, nur ein harmloses Spiel trieben, in eben solcher wissenschaftlichen Impotenz und schulmäßiger Selbstgenügsamkeit werden auch die Fragen des Strafrechts verhandelt, dergestalt, daß man sich wenig darum kümmerte, den Gedanken einer Zweckbegründung des Strafrechts auch folgerecht durchzuführen, da man ja sogar häufig keinen Anstand nahm, neben einer solchen relativen Begründung auch eine absolute (wenn auch nur in moralischer oder privatrechtlicher Wendung) mit in den Kauf zu geben. Sicherlich war es daher kein geringes Verdienst der kritischen Philosophie, wenn sie in dieses unreife naturrechtliche Raisonnement theilweise mit Fäusten drein schlug und vor Allem Konsequenz der systematischen Konstruktion verlangte. Dies kann man jedoch vollkommen zugeben, und gleichwohl die Ansicht haben, daß die Schuldlehre ihrem Inhalte nach von der älteren Doktrin in vielen Stücken richtiger aufgefaßt worden sei, und zwar eben deshalb, weil sich diese hier von keinen theoretischen Voraussetzungen bestimmen, sondern hauptsächlich durch das praktische Bedürfniß leiten ließ. —

Den Knotenpunkt in der ganzen Lehre bildet eben der dolus indirectus, an dessen Existenz die Doktrin von Carpzov herab [1]) keinerlei Zweifel gehabt hatte. Allerdings ist nun zuzugeben, daß unter dem dolus indirectus die ältere Doktrin Manches zusammenfaßte, was jetzt, nachdem die Begriffe sich genauer und schärfer ent-

---

1) Carpzov Pract. crim. qu. 1. nr. 31. ff. Leyser Med. ad Pand. sp. 601. 603. Böhmer ad Carpz. qu. 1. obs. 2. Klein Peinl. Recht. §. 123.

wickelt haben, unbedenklich davon getrennt werden kann und muß. Immerhin aber war doch auch das Richtige darunter enthalten, und der Begriff an und für sich füllte für das praktische Bedürfniß eine wesentliche Lücke aus. — Man hat sich heutzutage, nach Feuerbachs Vorbild [1]), ganz daran gewöhnt, zu meinen, der alte dolus indirectus, soweit man darunter nicht etwa einen indirekt bewiesenen dolus directus verstanden habe, sei ein juristisches Unding gewesen, und mit Recht sei nun an seine Stelle die Feuerbachische culpa dolo determinata getreten. Etwas billiger gegen die alte Doktrin ist neuerdings Luden Hdbuch. §. 36. Anm. II. verfahren, und, wie dieser, so haben jetzt auch andre (s. o.) das Bedürfniß gefühlt, an die Stelle der verunglückten culpa dolo determinata wieder andre Begriffe einzuführen, die wesentlich ganz auf den hier aufgestellten Begriff der indirekten Absicht hinauslaufen. — Nun ist gewiß nicht zu läugnen, daß unter dem alten dolus indirectus allerdings auch die Fälle des nur indirekt bewiesenen dolus directus, insbesondere, wo er als dolus eventualis oder indeterminatus erscheint, mitverstanden wurden, und insoweit ist Feuerbachs Scharfsinn durchaus anzuerkennen, wenn er dies eingesehen und auf die Aufstellung einer besondern Form des dolus indirectus als dolus indeterminatus oder eventualis gedrungen hat. Allein ein Irrthum war es, wenn man damit den ganzen dolus indirectus beseitigt zu haben glaubte. Schon Carpzov trifft im Ganzen die Sache richtig, wenn er sagt: Fertur voluntas quandoque directe et per se, quandoque indirecte et per accidens. Directe fertur

1) Indessen stellt es der scharfsinnige Denker selbst §. 60. n. b. seines Lehrbuchs als zweifelhaft hin, ob die Gesetzgebung Grund haben könne, die c. dol. det. geringer, als den dol. indeterm. zu strafen?

voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi, et haec est perfecta propriaque homicidii malitia. Indirecte autem et per accidens fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se, non per accidens, homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas, nec directe, nec indirecte (offenbar der ganz treffend angegebene Unterschied zwischen Absicht und Versehen). Unde sequitur, duplicem esse voluntatem committendi homicidii: directam et indirectam. Illam habet, qui occidendi animo aliquem aggreditur, hanc vero, qui vulnus infligit, ex quo immediate sequitur homicidium. Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Pract. nov. P. I. qu. 1. nr. 31. 32. Hier liegt das richtige Bewußtsein zu Grunde, daß man beim Eintritt einer nothwendigen Folge einer Handlung die Schuld der Absicht nie von sich abwälzen könne, wenn man auch die Folge keineswegs direkt sich vorgesetzt habe. Mag C. hier immerhin auch an die Fälle gedacht haben, wo ein Angeschuldigter fälschlich einen beschränkteren Vorsatz vorspiegelt, während ihm ex re ein weitergehender direkter Vorsatz nachgewiesen werden kann, so hat er doch ohne Zweifel auch die Fälle des impetus und der luxuria in Gedanken gehabt; ja nach seinen Worten hat man anzunehmen, daß ihm diese vorzugsweise vorgeschwebt haben, denn sie sind es gerade, bei welchen der animus occidendi fehlt, gleichwohl aber voluntas fertur in id, ex quo immediate et per se homicidium sequetur. Der Unterschied der nothwendigen und der bloß mittelbaren Folge, der die Grenze zwischen dolus und culpa ausmacht, ist bei C. sehr treffend festgehalten, und ebendeswegen müssen impetus und luxuria, bei denen es sich stets nur von einer nothwendigen, nie von einer bloß

mittelbaren Folge handelt, unter seinen dolus indirectus fallen. — Dagegen paßt nun umgekehrt die Schilderung, welche Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 597. med. 17. sp. 601. 603. von dem dolus indirectus giebt, vorzüglich nur auf den indirekt bewiesenen dolus directus, insbesondere in der Form des eventuellen dolus. In der berühmten Nettelbladt-Glänzer'schen Dissertation ist die Argumentation eine ähnliche; allein hier wird doch mit größerer Entschiedenheit auf den Fall der luxuria hingedeutet, während der des impetus mit sichtbarer Unsicherheit behandelt ist. Treffend ist auch hier gleich im Anfang der Unterschied zwischen dolus und culpa angegeben, indem zum Versehen überall nur die unvorhergesehenen, bloß mittelbaren Folgen gerechnet werden. Sofort heißt es beim dolus: Si agens scit, ex sua actione praeter id, quod intendit, eadem facilitate aliud quid sequi posse, quoad hoc, si sequitur, in dolo est. Agens enim, si scit, quod ex sua actione aliud quid, quam id, quod directe intendit, aeque facile sequi possit, quoad hoc, quod praeter id, quod per se vult, sequitur, non est in ignorantia, sed eo sciente producitur. Ergo quoad id, quod sequitur, sciens agit. Cumque se determinet ad edendam actionem, ex qua aliud quid, quam quod per se vult, sequi potest, velle etiam id, quod sequi potest, praeter id, quod per se vult, necesse est, et quidem vero, quamvis indirecte, cum, nisi velit, quod indirecte vult, ad talem actionem se determinare non posset, hinc et volens quo ad id, quod sequitur, agit. Ergo est in dolo. Hierin liegt nicht, wie Michelet meint, der eventuelle dolus, sondern offenbar die luxuria beschrieben, was Berner richtig fühlt. Weiterhin findet sich dann auch der Fall des impetus erledigt, indem (§. 22) die Erforderniſſe des Todtschlags

aus indirekter Absicht angegeben werden, und hiebei allerdings zunächst eine Schilderung des dolus eventualis gegeben, hinterher aber wieder gesagt wird, der Handelnde brauche nicht das Bewußtsein gehabt zu haben, daß aus seinem Thun ebensoleicht der Tod, als eine bloße Verwundung folgen könne; habe er nämlich nur überhaupt die Absicht zu schaden gehabt, und sei aus seinem Thun der Tod als unmittelbare Folge (per se) hervorgegangen, so müsse der Thäter wegen dolus indirectus haften, wenn er gleich jenes Bewußtsein nicht gehabt zu haben vorgebe, sobald nur nach gesundem Menschenverstande klar sei, daß aus seiner Handlung Todtschlag habe entstehen müssen. Ergänzend tritt hier die Ausführung von Meister (N. Arch. I. S. 106 ff.) ein, welcher als Requisite des dolus indirectus folgende anführt: a) die Handlung müsse mehrere voraussehbare Erfolge haben, b) sie müsse unter allen möglichen Erfolgen Verbrechen bleiben, c) unter den mehreren möglichen und voraussehbaren Erfolgen könne die Handlung, je nachdem der schlimmste eintrete, das höchste Verbrechen in der gegebenen Art (z. B. Tödtung) werden, oder ein geringeres (z. B. Verwundung), d) die als möglich voraussehbaren Erfolge können sämmtlich mit gleicher Leichtigkeit eintreten. In solchem Fall nun, sagt Meister, sei eventuale Ergebung sonnenklar, d. h. diejenige Gemüthsstimmung, in welcher man die sträfliche Handlung verwirkliche, auch auf denjenigen Fall, wo der schlimmste Erfolg sich ereignen möchte, bloß um seiner leidenschaftlichen Absicht zu genügen. (Man wollte den schlimmsten Erfolg nicht an sich, aber man wollte doch die leidenschaftliche Absicht geltend machen, wenn auch auf Kosten des schlimmsten Erfolgs). Da nun Meister zu allem dolus deutliches Bewußtsein der Folgen forbert, so läuft

freilich kein dolus indirectus auf den dolus directus indeterminatus oder eventualis hinaus. Gleichwohl liegt gerade in seiner Beschreibung des dolus indirectus, bei welcher er das deutliche Bewußtsein der Folgen hinwegläßt, ganz das Wesen des unter der Form des impetus auftretenden dolus indirectus. — Auch Klein, der bereits zu den Bekämpfern des dolus indirectus gehört, erkennt doch noch an, daß die Theorie von diesem dolus gerade im Falle eines Todtschlags meistentheils mit Nutzen gebraucht werden könne (Annalen IV. S. 78); wobei er denn auch die für den Fall des impetus sehr praktische Bemerkung beifügt: „Was der Verbrecher hinterdrein von seiner Absicht sagt, ist selten richtig. Wird in ihn gedrungen, etwas zu sagen, was er vielleicht selbst nicht weiß, so macht er sich ein System, wie es ihm unter den gegebenen Umständen am wahrscheinlichsten und für ihn am zuträglichsten scheint." Wenn gleich nun aber in der früheren Doktrin die richtige Beurtheilung der Fälle der indirekten Absicht allerdings mitliegt, so darf doch nicht verkannt werden, daß es derselben an der Schärfe der Begriffe durchaus fehlte, woher es denn eben kam, daß sie neben den wirklichen Fällen zur indirekten Absicht auch mehreres Andere rechnete, was nicht dahin gehört, insbesondere solche Fälle, welche offenbar nur Konkurrenz von dolus und culpa enthalten, und solche, wo ein wahrer direkter dolus eventualis nur ex re bewiesen wird. (vergl. Klein Annal. III. 1 ff. IV. 66 ff. IX. 334 ff. XII. 159 ff.). Eben diese Unbestimmtheit der Begriffe ist auch in einigen auf die ältere Doktrin gegründeten Gesetzgebungen ersichtlich, so im Preuß. Allg. Landrecht [1]) (vergl. das Preuß. Edikt über Kindsmord von

1) Art. 866. 1056. 1514 ꝛc.

1765), wo wahre Fälle des dolus indirectus mit dem bloßen indirekten Beweise der direkten Absicht zusammengeworfen, auch Fälle bloßer culpa dolo determinata auf dieselbe Weise behandelt werden. s. auch das Oestr. und Bair. Strafgb. Art. 1. [1]) — Hiedurch war die Kritik hinlänglich gerechtfertigt, wenn sie einem so monströsen Begriffe scharf zu Leibe gieng. Indessen läßt sich zeigen, daß gerade durch dieses kritische Geschäft, obgleich sein Resultat die unbedingte Verwerfung alles dolus indirectus war, doch gerade erst die richtige Ansicht über die Sache vorbereitet wurde. Denn eben, indem man sich bemühte, die verschiedenen Modifikationen des Schuldbegriffs zu sondern, mußte man nothwendig auf die richtigen Unterschiede kommen, die in den früheren Vorstellungen ungesondert durcheinanderlagen, wobei man denn wohl darüber hinwegsehen kann, daß man, unter der Herrschaft einer Philosophie, die über die abstrakte Differenz von dolus und culpa nicht hinauskommen konnte, die Fälle der indirekten Absicht bald zum dolus, bald zur culpa dekretirte. Ersteres geschah z. B. von Klein [2]), welcher dolus, als positivbösen Willen, von culpa, als negativbösem Willen unterscheidet, und sofort als Arten des dolus angiebt; a) aus boshaftem Vorsatz unternommene gesetzwidrige Handlungen, d. h. wenn die gesetzwidrige Wirkung der Handlung als nothwendige Folge derselben deutlich gedacht und gewollt wurde, b) vorsätzlich gesetzwidrige, aber nicht boshafte, d. h. wenn die gesetzwidrige Wirkung als nothwendige Folge der Hand-

---

1) Art. 1, was freilich Kitka im N. Arch. 1835 S. 242 ff. wegzuinterpretiren sucht. Vergl. auch Jenull östr. Crim. Recht. I. S. 82—87, der die Feuerbachische culpa dolo determinata in das Gesetz hinein interpretirt. Vergl. Bair. GB. Art 41. 149.

2) Peinl. Recht. §. 120. s. A. Arch. I. S. 96. II. S. 216 ff.

lung nur undeutlich gedacht oder gar nicht gewollt, sondern nur zugelassen wurde, c) gefährliche, wenn die gesetzwidrige Wirkung als mögliche Folge deutlich gedacht wurde, d) aus Muthwillen unternommene, wenn die Handlung, ohne deutliches Bewußtsein der Folgen, doch mit Gleichgiltigkeit gegen Folgen aller Art unternommen wurde. Von diesen Arten ist nun offenbar bloß die erste direkter dolus; die drei andern drücken, freilich etwas unbehilflich das aus, was hier mit indirekter Absicht bezeichnet wird; namentlich ist unter c) ganz strikt der Fall der luxuria enthalten, während d) ebenso in das Gebiet der reinen culpa, wie b) in das des dolus eventualis hinüberschweift. Etwas präciser ist Kleinschrod [1]), der wenigstens den Fall des dolus eventualis richtig heraussondert und den übrigen, in dem alten dolus indirectus zusammengeworfenen Fällen gegenüberstellt. Im Uebrigen meint er, man müsse prämeditirte Handlungen von solchen unterscheiden, deren Entstehungsgrund in einem geschwind gefaßten Entschlusse liege. Bei letzteren könne man dem Handelnden nicht zumuthen, daß er die schlimmen Folgen seiner Handlung sehr leicht habe einsehen können, also in dieselben eingewilligt habe; denn zu einer solchen Einsicht und Ueberlegung fehle ihm die Zeit, hier sei daher bloße Konkurrenz von dolus und culpa vorhanden. Umgekehrt, wenn eine Handlung mit Ueberlegung vorgenommen worden sei, komme es darauf an, ob Folge und Handlung innig verbunden seien, jene aus dieser leicht und gewöhnlich entstehe, oder nicht. Wenn nun die Folge nicht nothwendig und nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge aus der Handlung entstehe, also von dem gemeinen Menschenverstande des

1) System. Entw. I. §. 19—23.

Handelnden nicht leicht vorauszusehen gewesen sei, so sei die Folge nie zum dolus zuzurechnen; wenn aber ein Ereigniß mit der Handlung so innig verbunden sei, daß es nach dem gemeinen Laufe der Dinge gewöhnlich und fast allezeit sich ergebe, und dieses jeder gesunde Menschenverstand einsehen könne, dann sei dem Unternehmer der überlegten Handlung deren Folge zum dolus zuzurechnen. Endlich könne einer auch vorhergesehen haben, daß seine Handlung diese oder jene Folge haben könne, aber er wolle diese Folge nicht, hoffe vielmehr, daß sie nicht eintreten werde; hier sei die Folge als kulpos zu betrachten. Obgleich nun sein Resultat dahin ausfällt, daß nach Abtrennung des dolus eventualis alle übrigen Fälle des indirekten dolus unter den Begriff der culpa fallen, so liegt in seiner Darstellung doch wenigstens eine ganz richtige Heraushebung der beiden Fälle des impetus und der luxuria. Wenn er übrigens in Beziehung auf die letztere von „aller möglichen Bemühung, den Eintritt der Folge zu verhindern" spricht, so ist dies gewiß nicht sehr praktisch; denn hier ist immer Frevelhaftigkeit vorhanden, wie denn auch Kleinschrod selbst sagt, es handle sich hier um einen sehr hohen Grad von culpa. Daß er beide Fälle zur cupla rechnet, scheint mit seiner Ansicht über den Beweis des dolus zusammenzuhängen, von dem er glaubt, daß er in letzter Instanz nur durch Geständniß geführt werden könne. Da nämlich der Beweis des indirekten dolus vorzugsweise Beweis ex re ist, so konnte ihm Kl. nicht günstig seyn. (Zwar muß er einen solchen Beweis doch wenigstens für seinen dolus eventualis statuiren, kommt aber damit sichtlich in's Gedränge, und weiß sich nur mit der Empfehlung von Zwangsmitteln zu helfen, um doch noch ein Geständniß herauszubringen.) Wie Kleinschrod,

so suchte auch Grolman [1]) die Erbschaft des alten dolus indirectus im Gebiete der culpa unterzubringen. Er unterscheidet folgende vier Fälle: a) der Handelnde sieht voraus, daß, um seinen Zweck zu realisiren, die Handlung nebst Folgen nothwendig bewirkt werden müsse; b) der Handelnde hält den Erfolg nicht für nothwendig, sieht aber doch voraus, daß das Streben nach Realisirung seines Zwecks denselben bewirken könne; c) er hätte voraussehen können und sollen, daß, um seinen Zweck zu realisiren, der Erfolg bewirkt werden müsse; d) er hätte voraussehen können und sollen, daß infolge der Realisirung seines Zwecks dieser Erfolg entstehen könne. Von diesen Fällen erklärt nun Grolman nur den ersten für dolus, die drei andern aber für culpa. Letzteres deshalb mit Nothwendigkeit, weil er den dolus ganz entschieden auf den Begriff des Vorsatzes reducirt. Es ist aber wieder klar, daß nur der Fall d) wirkliche culpa ist, während unter b) die luxuria, unter c) der impetus ausgedrückt sind. Während nun die bisher Genannten den dolus indirectus bald rein in dolus, bald rein in culpa aufzulösen versuchten, so erkannte Feuerbach richtig, daß darin beide Elemente liegen, das dolose und das kulpose, und eben deshalb setzt er nun den neuerfundenen Begriff der culpa dolo determinata an die Stelle der indirekten Absicht.

Da nun die konsequenteste Entwicklung des relativen Strafprincips, wie sie für lange Zeit maßgebend wurde, eben bei Feuerbach zu finden ist, so ist es am Platz, seine Schuldlehre etwas ausführlicher zu betrachten. Denn erst bei ihm finden wir alle Reste der früheren Dogmatik, wie sie bei Klein, Kleinschrod, Stelzer,

1) Bibl. I. 1. nr. 1. I. 3. nr. 2.

Stübel u. A., ja selbst bei Grolmann noch hereinspielen, vollständig vertilgt. Die übrigen Kriminalisten jener Zeit, wie sehr sie auch schon vom Geiste der kritischen Philosophie ergriffen seyn mochten, hatten doch das Präventionsprincip noch keineswegs energisch in die Schuldlehre eingeführt. Sie schilderten insbesondre die culpa noch ganz in dem wesentlich richtigen Sinne der älteren Doktrin. Die Wolfische Schule nämlich definirte die culpa als einen defectus rectitudinis actionis, quoad intellectum vincibilis [1]), und dieses Moment des Mangels am Bewußtsein, Irrthums, Fehlers des Verstandes &c. wurde auch noch später von Almendingen, Stelzer, Salchow, Schröter, Werner [2]) besonders herausgehoben. Ergänzend hiezu trat die von Klein gegebene Bestimmung der culpa als des negativbösen Willens ein, welche im Wesentlichen auch bei Kleinschrod und Grolman sich findet. Es war hiemit in der That das Wesen des Versehens richtig beschrieben, daß es nämlich auf einem Mangel an Bewußtsein beruhe, welcher Fehler des Erkennens aber dem Handelnden als negativböser Wille zu imputiren sei. Auch Grolman nämlich führt ausdrücklich das Wesen der culpa auf einen Trugschluß zurück, der aber vermeidlich gewesen sei, und findet daher ihren Charakter in dem Negativbösen. Daß dieß nun aber mit der Konsequenz des Präventionsprinzips nicht zusammenbestehen könne, das wurde von Feuerbach mit Entschiedenheit ausgesprochen; erst bei ihm ist daher die definitive Entscheidung der kritischen Schule über die ganze Oekonomie der Schuldlehre zu suchen [3]).

---

1) Nettelbladt de homic. ex intent. indir. commipo. §. 4—7.

2) v. Almendingen über das kulpose Verbr. S. 54—85. 239. Stelzer über den Willen. Salchow Lehrb. §. 62. Schröter Lehrb. S. 104. Werner Handb. §. 262. 263.

3) Vergl. noch Renazzi I. B. §. 1. 3. vergl. Filangieri IV.

In der Konsequenz des Präventionsprincips liegt nun daß Jedem, auf den eine Strafe angewendet werden soll, ein positivböser Wille nachgewiesen werden muß[1]), da die Abschreckung durch das Strafgesetz nur allein für einen solchen einen Sinn haben kann. Es liegt also, kurz ausgedrückt, darin die Nothwendigkeit der Zurückführung des gesammten Schuldbegriffs auf den des Vorsatzes und zwar näher des Vorsatzes der Gesetzübertretung. In der That ist denn auch die Behauptung von Michelet ganz gegründet, daß Feuerbach die culpa in dolus verwandelt habe[2]). Denn er fordert zum Begriff der culpa a) das Dasein einer obligatio ad diligentiam, b) das Bewußtsein dieser Verbindlichkeit, c) das Bewußtsein, daß die Handlung dieser Verbindlichkeit zuwiderlaufe, d) den freien Willen des Handelnden. In der Forderung nun, daß das kulpose Benehmen das Bewußtsein seiner Gesetzwidrigkeit und vorsätzliche Unterlassung der Sorgfalt involviren müsse, liegt die Verwandlung der culpa in dolus ganz offen zu Tage. Auch sagt F. unumwunden, aus seiner Ausführung ergebe sich, daß sich in Rücksicht auf die Art der Willensbestimmung an sich die kulpose Uebertretung von der dolosen keineswegs unterscheide; beide setzen Verletzung eines Gesetzes voraus, beide fordern als Bedingung Bewußtsein der Uebertretung, beide haben in einem dem Gesetze widersprechenden Willen ihren Grund; sie unterscheiden sich daher bloß durch die Verschiedenheit der übertretenen Gesetze und durch die Art, wie die Uebertretung des einen Gesetzes zur Existenz komme. Ohne Zweifel liegt etwas sehr Richtiges darin,

---

p. 139. 141. Simeni di delitti I. S. 146. Rossi II. S. 203. Carmignani II. S. 201.

1) s. Feuerbach Bibl. II. S. 193. ff.

2) auch Oersted Grundregeln. S. 251, wo dies als Konsequenz des Standpunkts zugegeben wird.

wenn F. behauptet, daß die culpa nicht bloß als negativ-böser Wille aufgefaßt werden dürfe und daß, wenn sie nicht ein positivböses Element hätte, gar kein Verschulden, weder in moralischer, noch in rechtlicher Hinsicht denkbar wäre. Das Unrichtige liegt nur darin, daß dieses Element in einer vorsätzlichen Gesetzesübertretung gesucht wird, während es vielmehr darin liegt, daß der Handelnde die Bedingung will, welche einen rechtsverletzenden Erfolg als realmögliche Folge involvirt. Jenes ist daher mit Recht auch von Almendingen getadelt worden, der gut nachweist, daß solchergestalt die culpa ganz zum dolus werde. Nur freilich muß Almendingen, der gleichfalls von dem Präventionsprincip ausgeht, den Ruhm der größeren Konsequenz seinem Gegner lassen, welcher von jenem Princip aus zu dieser Einseitigkeit vollkommen berechtigt war. Denn auf diesem Standpunkte müssen nothwendig zwei sonst wohl zu sondernde Begriffe, der der Zurechnung und der Strafbarkeit, allezeit verwechselt und durcheinander gemischt werden. Schuld ist ja hier nicht die Bestimmung des Willens zum an sich Unrechten, sondern nur Bestimmung des Willens zum Strafbaren, durch ein Strafgesetz Verbotenen. Die Bewahrung des Willens vor dem Verbrechen und seiner Schuld wird nicht von der Vernunft, sondern von der abschreckendeu Kraft, dem psychologischen Zwang des Gesetzes erwartet. Den Gegenstand der Zurechnung kann daher überall nur die Renitenz gegen das Gesetz bilden, d. h. nur vorsätzliche Gesetzwidrigkeit, da sich ein negativböser Wille in dieser Richtung nicht denken läßt[1]. Hiedurch erhält nun freilich der

1) Den diametralen Gegensatz zu der Auffassung Feuerbachs bildet die von Stelzer (über den Willen), welcher umgekehrt allen

an sich ganz richtige Gedanke Feuerbachs, daß auch in der culpa ein positivböses Element anerkannt werden müsse, eine schneidend einseitige, die Wahrheit übertreibende Fassung, vermöge deren gerade das Charakteristische der culpa, nämlich das Negativböse, völlig in den Hintergrund und die culpa mehr in ein quantitatives, als qualitatives Verhältniß zum dolus tritt (daher denn auch Feuerbach auf den Gedanken kommen konnte, das Verhältniß ihrer verschiedenen Strafbarkeit geradezu in Zahlen auszudrücken). Eben weil er nun das innere Wesen der culpa in dolus aufgelöst hatte, konnte er auch, unbeschadet der Wahrheit, unter den Arten der culpa solche aufführen, die von anderm Standpunkte aus vielmehr zum direkten oder indirekten dolus gerechnet werden müssen, — eine Rechtfertigung, die jedoch keineswegs für die auf ihm fußenden Theorien und Gesetzbücher gilt, welche mit seinen Ansichten eklektisch auch andre, und insbesondre auch die richtige Ansicht vom Wesen der culpa verbinden zu können glauben. Betrachtet man nämlich die vier, von F. aufgestellten Arten von culpa, so bemerkt man leicht, daß nur die letzte, die culpa durch Unbedachtsamkeit mit dem richtigen Begriff der culpa Aehnlichkeit hat, während die erste, culpa aus Fahrläßigkeit, einen Fall der indirekten Absicht bildet, die beiden mittleren aber, die denn F. später auch selbst preisgegeben hat, gar nicht in das Gebiet, sondern in das des reinen direkten dolus gehören. Was nämlich eben diese beiden mittleren Arten, die culpa durch Unwissenheit des Gesetzes und die culpa durch Uebereilung betrifft, so ist es, sobald man sich das

dolus sich in culpa auflösen läßt, indem er, die allgemeine Vernunft mit der endlichen verwechselnd, alles böse Handeln nur aus einer, durch die Sinnlichkeit verschuldeten, Täuschung der Vernunft mittelst solcher Vorstellungen ableitet. s. besonders S. 118. 163.

wahre Wesen des dolus, als der Absicht, das an sich Unrechte zu thun, klar macht, ganz natürlich, daß in beiden Fällen, sobald es sich eben von eigentlichen Verbrechen, nicht bloß von Polizeiübertretungen handelt, gar nicht von bloßem Versehen, sondern lediglich von einem den Begriff des dolus keineswegs ausschließenden Irrthum die Rede seyn kann. Dagegen war es auf Feuerbachs Standpunkt, der alle Verbrechen in die Kategorie der Gesetzesübertretung, d. h. unter den Begriff der Polizeistrafgerechtigkeit bringt, durchaus angemessen, in beiden Fällen die Möglichkeit eines bloßen Versehens offen zu lassen, um so mehr, da er andrerseits wieder durch die aufgestellte praesumtio doli bestmöglichst dafür gesorgt hatte, den Strafgesetzen ihre energische Wirksamkeit zu sichern. — Eben diese praesumtio doli nun aber war nur eine einfache Konsequenz desselben einseitigen Princips, vermöge dessen selbst die culpa den Typus des dolus hatte annehmen müssen. Während Grolman die Definition des dolus als Vorsatz noch mit einer gewissen Naivetät aufstellte, die um die Folgerungen unbekümmert war, erhielt diese Bezeichnung bei Feuerbach [1]) sogleich einen ganz prägnanten, entschieden nach der Präventionstheorie berechneten Sinn. Konnte er sich schon die kulpose Schuld nicht ohne das Element des propositum denken, so mußte vollends die dolose Schuld bei ihm ganz in diesem Begriffe aufgehen. Von dem Begriffe der Absicht konnte bei ihm keine Rede seyn, da er alle Zurechnung nur in Beziehung auf den psychologischen Zwang des Strafgesetzes auffaßte. Unter dolus konnte er daher nichts Anderes verstehen, als den Vorsatz, ein Strafgesetz zu übertreten, weßhalb denn das

1) Lehrb. §. 54 u. Mittermaier not. 1. hiezu.

Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit der Handlung, und folgerichtig auch die Kenntniß ihrer Strafbarkeit nach Quantität und Qualität ein nothwendiges Requisit seines dolus seyn mußte. Nun konnte aber freilich dem scharfen Denker nicht entgehen, was schon Kleinschrod gefühlt und vergebens zu umgehen gesucht hatte, -- daß der Vorsatz, als das rein Innerliche, wahrhaft nur durch das Geständniß des Handelnden selbst erwiesen werden kann. Und eben die hieraus entstehende höchst bedenkliche praktische Lücke sollte nun durch die Präsumtion des bösen Vorsatzes, mithin auch des Bewußtseins der Gesetzwidrigkeit ausgefüllt werden. — Daß in einem solchen System für den indirekten dolus keine Stelle seyn konnte, versteht sich von selbst. Die eine Form desselben, die Frevelhaftigkeit, hatte Feuerbach unter der culpa untergebracht, und zwar, wie schon angeführt, auf eine von der Wahrheit nicht eben sehr abweichende Weise, sofern die culpa überhaupt bei ihm den Typus des dolus annahm. Für den impetus erfand er die Form des dolus indeterminatus s. eventualis [1]), wie sich aus dem Beispiel ergiebt, das er der Schilderung dieses dolus zu Grunde legt. Indessen sollte diese Form allerdings noch viel mehr, als den Fall des impetus, in sich befassen; mit Recht bemerkt daher auch Berner S. 189, daß in Feuerbachs Erklärung über diesen Punkt viel Verschiedenes, ja Widersprechendes untereinander geworfen sei. Erinnert man sich nun überdies, daß er selbst, nach seinem Geständniß längere Zeit darüber gezweifelt hatte, ob der Fall des Affekts überhaupt unter den Begriff des Vorsatzes gebracht werden könne, da er doch offenbar ein kulposes Element enthalte, so ersieht man wohl, daß

1) s. auch Zachariä über den Versuch I. §. 30.

eben der Begriff des impetus der Punkt war, der sich in die Konsequenz des F.'schen Systems nicht auflösen lassen wollte. Und eben dem Bewußtsein hievon hat man wohl mit die Aufstellung der neuen Form der culpa dolo determinata zu verdanken, womit diejenigen Fälle ihre Versorgung erhalten sollten, die sich nicht unter den Begriff des dolus indeterminatus fügen wollten. Ueberhaupt ist in's Auge zu fassen, daß die Kritik Feuerbachs durch ihren Gegenstand, d. h. den dolus indirectus der Wolffischen Schule, specifisch bestimmt war. Diesem Aggregat gegenüber hatte er jedenfalls Recht, wenn er, wie auch Kleinschrod that, die Form des dolus indeterminatus als eine Unterart des dolus directus hervorhob. Nicht minder hatte er Recht, wenn er aus jenem Aggregat eine Reihe von Fällen ablöste, in welchen eine bloße Konkurrenz von dolus und culpa stattfindet. Nur darin hatte er Unrecht, wenn er damit den ganzen Inhalt jenes dolus indirectus für antiquirt ansah. Dieses Unrecht konnte er aber gar nicht einsehen, da für ihn ein dolus überhaupt nur in dem Sinne des Vorsatzes denkbar war, die Einsicht jenes Unrechts aber gerade die Einsicht vorausgesetzt hätte, daß mit diesem Begriff die Natur des dolus keineswegs geschöpft sei. Eben seine Polemik gegen den dolus indirectus der Wolffischen Schule giebt aber den Schlüssel zur Erkenntniß ihrer eigenen Einseitigkeit. Er wirft nämlich dieser Schule ausdrücklich vor, sie habe einen zu weiten Begriff vom dolus und eben deßhalb einen zu engen von der culpa. Bedenkt man nun, daß Feuerbach selbst die culpa in dolus auflöste, so wird man seiner Kritik materiell ein Recht zugestehen müssen, das man ihr formell absprechen muß. Ihm konnten dolus und culpa nicht in der Bedeutung von Absicht und Versehen sich gegen-

über stehen, sondern nur so, daß die vorsätzliche Gesetzesübertretung, wenn sie unmittelbar die Gesetzesübertretung zum Zwecke hat, dolus, dagegen die vorsätzliche Uebertretung des die obligatio ad diligentiam einschärfenden Gesetzes, wobei die Uebertretung des Hauptgesetzes nicht Zweck ist, culpa hieß. So sehr er daher einerseits die culpa in dolus auflöste, so streng standen gleichwohl auch andrerseits beide Begriffe in seinem Systeme geschieden und in direktem Gegensatze, — als zum Zweckgesetztes und nicht zum Zweckgesetztes Unrecht. Da er sich nun den dolus eben nur als propositum vorstellte, d. h. als mit deutlichem Bewußtsein verbundenen Vorsatz, so konnte für ihn der Begriff einer indirekten Absicht, welche dolus und culpa in innerer Vereinigung enthält, nichts andres, als ein Unding sein. Er konnte sich ein Zusammensein beider nur als äusserliches Nebeneinander denken, d. h. nur in der Form der culpa dolo determinata. Mit dieser und dem dolus indeterminatus (verbunden mit der praesumtio doli) mußte er deßhalb den alten dolus indirectus vollkommen beseitigt zu haben glauben. Da er nun sowohl den impetus, als die luxuria anderweitig untergebracht hatte, so richtete er auch seinen Angriff auf den dolus indirectus nicht gegen die Seite, auf welcher er bleibende Wahrheit enthielt, sondern gerade gegen seine schadhafte Seite. Und eben in so weit hatte er denn auch zu seinem Angriff relativ ein gutes Recht, wenn man auch die von ihm vorgebrachten Gründe an sich nicht als stichhaltig gelten lassen kann. So hat er Unrecht, wenn er sagt, ein Erfolg, der blos vorher vorgestellt und zugelassen sei, könne nicht dolos sein, weil hiezu die positive Billigung, das Wollen als Zweck gehöre. Denn jenes ist sogar beim dolus eventualis der Fall, wo häufig genug der Handelnde in

den schwereren Erfolg nur ungern willigt, ihn keines Falls unmittelbar als Zweck setzte. Der zweite Grund Fs. ist nur eine Wiederholung des ersten. Wenn er aber noch hinzu fügt, man würde ja sonst auch dann indirekte Absicht anzunehmen haben, wenn Jemand eine an sich unschuldige Handlung unternehme, aber einsehe, daß daraus leicht eine Rechts-Verletzung entstehen könne (und die Möglichkeit ihrer Entstehung billige), so hat er sehr Unrecht, wenn er meint, daß dieß ein Widerspruch wäre. Denn das macht eben den Charakter der Frevelhaftigkeit aus, daß man die verbrecherische Natur der Handlung einsieht und gleichwohl auf die Gefahr hin handelt. Sehr bezeichnend ist, daß F. selbst hier bemerkt, man könne sagen, daß der Handelnde die Möglichkeit der Entstehung der rechtswidrigen Folge billige, — eben damit hat er das dolose Moment in der luxuria ganz treffend ausgesprochen. Auch der dritte Grund (was Absicht seyn solle, müsse Zweck seyn) ist nur eine Wiederholung des ersten. Man bemerkt aber leicht, daß dieser dreifach wiederholte Grund doch nur eine petitio principii enthält. F. dekretirt, daß dolus = Zwecksetzung, Absicht = Vorsatz sei. Nun beweist er die Unmöglichkeit einer mittelbaren Absicht eben wieder damit, daß die Absicht nur unmittelbare Absicht, Vorsatz, Zwecksetzung seyn könne. Gegen diese petitio principii steht nun aber die ganze obige Ausführung über das Wesen des dolus, wornach für jeden zueignungsfähigen Menschen das, was er als Wesen seiner Handlung gewußt hat, oder hätte wissen müssen, wenn er nicht sich durch den Affekt sein Bewußtsein hätte trüben lassen, nicht mehr eine bloß mögliche (zufällige) Folge, sondern ein integrirender Theil seiner Handlung selbst ist, daher zwar nicht zum Vorsatz, wohl aber zur Absicht imputirt werden muß. Dagegen hat

nun F. vollkommen Recht, wenn er sub. 4) und 5) der Wolffischen Schule vorwirft, daß sie unter ihrem indirekten dolus sowohl den dolus indeterminatus, als die culpa dolo determinata verberge. Indessen bemerkt auch Berner, der im Uebrigen Feuerbach's System zu retten sucht, daß diese culpa dolo determinata theils Fälle eines wirklichen eventuellen dolus, theils Fälle der Frevelhaftigkeit irrthümlich unter sich begreife. Wenn endlich 6) Feuerbach sagt: sobald man behaupte, daß auch in Beziehung auf den Erfolg direkte Absicht vorhanden gewesen sei, so behaupte man ja gerade unumwunden, daß es keine indirekte Absicht gebe; um deren Denkbarkeit zu zeigen, behaupte man also ihre Unmöglichkeit, — so hat er hiemit wieder vollkommen Recht gegen die Wolffische Schule, sofern diese mit dem Worte indirekt begrifflos spielte, bald eine wirkliche indirekte Absicht, bald eine bloß indirekte Absicht einer direkten Absicht damit bezeichnend; um so weniger aber beweist dieser Grund gegen den richtig verstandenen dolus indirectus, bei dem ja gerade vorausgesetzt ist, daß die Folge nicht direkt in der Absicht gelegen habe. — Gleichwohl sind nun diese Feuerbachischen Gründe stationär geworden, und werden noch heute von solchen wiederholt, die gerade die Grundpfeiler des Feuerbachischen Systens, das Präventionsprincip, seinen Begriff von culpa, seine præsumtio doli etc. als unbrauchbar habe fallen lassen. Ob ein solches Verfahren wissenschaftlich heißen könne, darüber kann man sich alles Urtheils enthalten. Dagegen ist es nun andrerseits, wie schon gesagt, als ein Fortschritt zu betrachten, wenn theils die gesetzgeberische Praxis überall die Eigenthümlichkeit des impetus anerkennt und ihn — wenigstens bei der Tödtung, und hie und da auch bei andern Verbrechen — als selbständigen Schuld-

grad behandelt, theils die Doktrin mehrfällig das Ungenügende der culpa dolo determinata anerkennt und dagegen auf die Hervorhebung der Frevelhaftigkeit als einer eigenthümlichen, zunächst an den dolus grenzenden Schuldform gedrungen wird. — Nach Allem Bisherigen ist die Frage, ob neue Strafgesetzbücher sich über den Begriff des dolus erklären sollen, ohne Zweifel zu bejahen [1].

§. 112 a.

Die Schuld in einer Handlung überhaupt darf nie präsumirt werden, da es im Wesen der Handlung liegt, eine gemischte zu seyn, d. h. ebensowohl das Princip des Unfreiwilligen als das des Freiwilligen in sich zu tragen. Eben so wenig giebt es eine gegründete Präsumtion für irgend einen bestimmten Schuldgrad; und nur so viel läßt sich sagen, daß manche bestimmten Verbrechen überhaupt nur dolos begangen werden können.

Anm. — Es war keine Konsequenz, wenn Feuerbach die früher von ihm aufgestellte præsumtio doli später wieder zurücknahm. Denn dieselbe war ein integrirender Theil seines Systems gewesen. Indessen dient gerade die Art und Weise der Zurücknahme zum Beweis für den wenigen Ernst, womit Feuerbach dabei verfuhr. Denn es scheint zwar, als wolle er nur für die subjektive Zurechnungsfähigkeit eine Präsumtion aufstellen, was sich allerdings hören ließe, da man doch wohl als Regel anzunehmen hat, daß der Mensch nicht der erbärmliche Sklav dämonischer Gewalten sei. Er sagt nämlich, der Mensch sei einerseits mit Willkühr, andrerseits mit Erkenntnißkräften begabt, um sowohl das Verhältniß seiner Willensbestimmungen zum Gesetz, als den Zusammenhang seiner Handlungen mit ihren Folgen zu erkennen;

1) Vgl. gegen Kitka N. Arch. 1835. S. 219. Birnbaum ebend. 1837. S. 276 ff. 473. ff. (§. 113). Vgl. Bauer Abh. I. S. 268. Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 54.

deshalb sei die Zurechnungsfähigkeit als Regel anzunehmen. Allein diesem an sich sehr plausiblen Ausspruch substituirt er sofort einen andern, der deutlich zeigt, daß er unter der Präsumtion der Zurechnungsfähigkeit vielmehr eine viel konkretere, d. h. die Präsumtion der Verschuldung überhaupt versteht. Bedenkt man nun, daß die größere Menge der Verbrechen überhaupt nur in der Form des dolus sich denken läßt, so ist klar, daß diese Präsumtion der Verschuldung überhaupt von der früheren præsumtio doli sich nur wenig unterscheidet [1]. — Es wäre aber an der Zeit, sich klar zu machen, daß alle Voraussetzungen der Feuerbachischen Schuldlehre nothwendig zu einem Resultate der Art führen. Denn, wie dies schon Kleinschrod ehrlich ausgesprochen hat, der dolus, — als Vorsatz aufgefaßt, kann nicht indirekt ex re, ex indiciis, sondern nur durch Geständniß bewiesen werden. Man könnte etwa vom Standpunkte des römischen Rechts aus hiegegen Einwendungen erheben wollen, sofern man entgegenhielte, daß einerseits das römische Recht eben die Feuerbachische Vorstellung vom dolus theilt, andrerseits aber gerade das römische Recht den Indicienbeweis für den dolus begünstige. Allein hiegegen ist zu bemerken: daß das römische Recht seinen Begriff vom dolus eben nicht aus einer theoretischen Abstraktion, sondern aus dem Leben geschöpft hat. Der dolus des römischen Rechts ist daher nicht als Gegensatz zu dem Begriff der Absicht, sondern vielmehr als eine noch unreife Form dieses letzteren aufzufassen, als eine Vorstellung, in welcher jener konkrete Gedanke bereits, aber noch unentwickelt, nur im Keime lag. Deshalb hat denn die römische Jurisprudenz kein Arg dabei, den Beweis des dolus auch ex re führen zu lassen, um so weniger, als die direkte Absicht ja in

1) S. auch Mittermaier not. 1 zu Feuerbach §. 87.

der That stets mit der Form des Vorsatzes koincidirt und Alles, was zur indirekten Absicht gehört, bei den Römern vom dolus ausgeschlossen und zur culpa gezogen war. Gerade, je einseitiger die Auffassung des dolus als propositum und hiemit die völlige Unterordnung des Thatmoments unter das Willensmoment war, (das römische Recht nimmt die verbrecherische Handlung nicht als Totalität, sondern nur als Willensäusserung, daher auch der Begriff der culpa erst spät sich Geltung verschaffte und stets etwas Exceptionelles behielt [1]), um so mehr forderte das praktische Bedürfniß hiefür als Ersatz die Geltung des Thatmoments beim Beweise, d. h. die Möglichkeit, den dolus aus Indicien zu erschließen [2]). Das Gegenstück dazu ist das germanische Recht, bei dem gerade umgekehrt die verbrecherische Handlung überwiegend nach ihrer objektiven Seite aufgefaßt und deshalb auch die praktische Forderung für den Beweis die umgekehrte war, daß derselbe durch das Medium der Subjektivität (Geständniß, Eid, Wahrspruch) gehen müsse. — Gleichwohl ist es aber wahr, daß in dem Begriffe des Vorsatzes, oder wie ja Feuerbach selbst noch entschiedener sich ausdrückt, der Zwecksetzung gerade das Gegentheil, d. h. die Forderung liegt, daß derselbe stets durch Geständniß erwiesen werden müsse. Denn eben, wenn man ihn abstrakt subjektiv nimmt, so muß man auch zugeben, daß das rein Subjektive bloß auf subjektivem Wege bewiesen werden könne. Und gerade nun diese unumgängliche Konsequenz des F'schen Systems rief die Nothwendigkeit der præsumtio doli hervor, von welcher er, wie gesagt, später nur scheinbar abgelassen

1) Meine Schrift über Mord und Todtschlag. S. 159, 191, 223. Mittermaier not. zu Feuerbach §. 56.

2) Wening im N. Arch. II. S. 194 — 237.

hat. Man würde wohl daran thun, sich dies deutlich zum Bewußtsein zu bringen, und mit der præsumtio doli auch ihre Voraussetzung, nämlich die Feuerbachische Schuldlehre überhaupt zu verwerfen [1]).

Der vielbesprochene Kompetenzstreit zwischen Richter und Arzt behufs der Ermittlung der Zurechnungsfähigkeit [2]) wird wohl am richtigsten mit Berner a. a. O. S. 301—310 dahin entschieden, daß betreffenden Falls der psychologisch gebildete Gerichtsarzt über den abnormen Seelenzustand, der Richter aber über die daraus folgende Zurechnungsfähigkeit oder Zurechnungsunfähigkeit als Sachverständiger zu urtheilen habe, und zwar so, daß beiderlei Funktionen in lebendiger Wechselwirkung stehen müssen, die des Richters aber als die übergreifende zu betrachten ist. Im Wesentlichen entscheidet so auch die Wirtemb. Strafproceßordnung Art. 295, während der Hannövr. Entw. Art. 198 dem Richter zuviel einräumt.

γ) Materielle Absicht (Zweck).

§. 113.

Im Begriffe der Absicht ist Aeusseres und Inneres der Handlung wieder zur Einheit vermittelt. Die allgemeine Qualität der Handlung ist das, was der Handelnde, wenn er überhaupt zurechnungsfähig ist, nothwendig dabei wollen muß, wofür er daher auch einzustehen hat, und wovon er die nothwendigen Folgen tragen muß. So ist nun die Absicht formelle Absicht, d. h. sie ist die vollendete Form der Handlung, worin Wille und Dasein Eins, und der Kreis der zum

1) Gegen diese Präsumtion vgl. Oersted Grundregeln S. 279 ff. Borst N. Arch. II. S. 434 ff. Bauer Abh. I. S. 277—283. Wächter I. S. 134, 135. Hufnagel I. S. 104, 105.

2) Kant Anthropologie §. 41. Mezger Abhandl. S. 75 ff. Mittermaier in Hitzig's Zeitschrift II. S. 235—261. Visias in Wagners Zeitschrift 1834. I. S. 48—50. Bericht der Kommission der Abg. Kammer zum Entw. der Wirt. Strafproceßordnung S.460—464.

Begriff der Handlung nothwendigen Bedingungen geschlossen ist. Wie die Vollendung, so ist sie ferner auch die Totalität der Form für alle Momente der Handlung von subjektiver Seite. Indem nun aber die Subjektivität in der vorliegenden Vermittlung beider Seiten der Handlung das Uebergreifende bildet, so zeigt sie sich als das bestimmende Princip, das, in sich reflektirt, den Begriff der, über die Totalität der Handlung selbst übergreifenden materiellen Absicht (des Zwecks) ergiebt. Der Uebergang selbst ist einfach dadurch bestimmt, daß die vollendete Form mit dem Inhalt selbst identisch ist. In der vollendeten Form der Handlung macht der Wille seine Besonderheit, seinen eigenthümlichen Zweck als die Seele der Handlung geltend. Allein eben dieser Zweck fällt in das Gebiet der Moral, und das Recht verhält sich zu demselben negativ (s. unten §. 152 — 155.)

Anm. — S. Hegel §. 121. Der Uebergang ist der logische: daß die vollendete Form der Inhalt selbst ist, auf seine einfache Allgemeinheit zurückgebracht, sowie der Inhalt, in seine Momente auseinandergelegt, die Form ausmacht. So besteht der Kauf im Versprechen einer Sache gegen einen Preis, der Annahme des Versprechens und der Zusage des Preises; die Tödtung in der Verletzung eines Theils am menschlichen Organismus, dessen Destruirung die Destruktion des ganzen Organismus nach sich zieht. Zeigen konkrete Handlungen diese Formen auf, so haben wir den Begriff des Kaufs, der Tödtung vor uns. In der gedachten Form ist dann der ganze Inhalt der Handlung abgeschlossen. Sie hat keinen Inhalt, der noch über diese Form hinausfiele. Was auch sonst ihr Inhalt seyn möge, Vergnügen, Neugierde, Feindschaft, Mitleid ꝛc. ꝛc., dieser Inhalt fällt innerhalb jener Form. Diese Form ist der Inhalt der Handlung, auf seine einfache Allgemeinheit zurückgebracht. — Aller-

dings legt nun in jene Form der besondre Wille seinen besondern Inhalt, der ihm die Seele der Handlung ausmacht. Hiemit hat es aber das Recht nicht mehr zu thun, sondern die Moral. Der menschliche Wille geht das Recht nur an, soweit an ihm die Form der Allgemeinheit ist; seine Besonderheit hat er für sich allein zu genießen, im Guten wie im Bösen. Gegen das Recht verhält er sich damit lediglich negativ. (Michelet a. a. O. S. 102 — 104.)

2) Die Objektivität.

§. 114.

Die Objektivität der Handlung, in sich reflektirt gegen ihre subjektive Seite, ergiebt a) das Fürsichsein des Thatmoments als äußerer Erscheinung eines Verbrechens, welche als solche anerkannt zu werden verlangt, und sich eben deshalb indifferent gegen das bloß Innerliche verhält. Diese Indifferenz kann nämlich hier keine totale mehr seyn, so als könnte das Thatmoment für sich allein und ohne alle Voraussetzung eines darin erschienenen Willens Geltung verlangen. Vielmehr liegt ja eben darin, daß es sich als verbrecherische Erscheinung behauptet, die Voraussetzung, daß es die Aeusserung eines verbrecherischen Willens sei, und der Gegensatz ist daher nur der zwischen dem objektiv gewordenen und dem bloß subjektiv gebliebenen Willen. Allein auch dieser Gegensatz erweist sich als abstrakt, und schlägt b) in den Begriff des Versuchs um. Indem nämlich die objektive Seite sich nur als wesentlich bestimmt durch den Willen setzen kann, so muß sie sofort auch den Willen als ein über sie Uebergreifendes anerkennen und sich auch dann noch als verbrecherisches Dasein behandeln lassen, wenn sie für sich keineswegs die adäquate Erscheinung eines verbrecherischen Willens ist. Indessen bestimmt sich diese Unvollständigkeit fernerhin noch näher dahin, daß sie eine solche

nicht in Beziehung auf den Begriff des Verbrechens selbst seyn darf, daß vielmehr in der unangemessenen Erscheinung die allgemeine Natur der bestimmten verbrecherischen Absicht vollständig erkennbar seyn muß. Indem aber somit die objektive Seite der Handlung sich ebenso als in sich wesentlich, wie als wesentlich durch die subjektive bestimmt zeigt, so geht sie c) im Begriff des vollendeten Verbrechens mit derselben in die vermittelte Einheit zusammen.

a) Die abstrakte Wesentlichkeit der objektiven Seite.

§. 115.

Wie es das Recht des Subjekts ist, aus der zweideutigen Unmittelbarkeit der im Princip ebenso freiwilligen, wie unfreiwilligen Handlung sich in sich zu reflektiren und nur das als das Seinige anzuerkennen, was es zuvor als dieses in sich selbst gesetzt hat, ebenso ist es andrerseits das Recht der objektiven Seite der Handlung, gegenüber dem Belieben des Subjekts sich selbst als das Wesentliche zu behaupten. Dieses Recht ist im Bisherigen schon zur Anerkennung gekommen, indem sich das Subjekt auch die nicht direkt beabsichtigten Erfolge seines Handelns gleichwohl zurechnen lassen mußte. Darin lag, daß die Handlung nach ihrer objektiven Seite sich für sich als Totalität behauptete und hiemit sich gegen deren subjektive Seite als solche indifferent verhielt. Hierin ist nun auch etwas sehr Wahres enthalten, dies nämlich, daß der Handlung das Objektivgewordensein durchaus wesentlich, und daß daher alles bloß subjektiv Gebliebene von dem Begriffe der Handlung auszuschließen ist (cogitationis poenam nemo patitur).

§. 116.

Indessen ist diese Forderung noch näher zu bestimmen. Zunächst liegt darin nicht mehr das ganz Abstrakte, daß zur

Handlung überhaupt eine objektive Seite, ein äußeres Geschehen gehöre. Vielmehr, sofern das Thatmoment für sich als die Totalität gelten will, setzt es gerade die Willensseite voraus, es behauptet sich als Willensäusserung, und seine Abstraktion von der Subjektivität will nur soviel sagen, daß alles, was als Handlung gelten wolle, nicht subjektiv geblieben seyn dürfe, sondern in Objektivität übergegangen seyn müsse. So richtig dies nun ist, so liegt doch gleichwohl, sobald der Standpunkt abstrakt festgehalten wird, auch etwas Unwahres darin, nämlich dies: daß die objektive Seite für sich das ganze Wesen der Handlung zur Erscheinung bringe und dessen genügender Ausdruck sei.

Anm. — Die relative Wahrheit, die in der fraglichen Bestimmung liegt, hat sich auch in dem, sonst überwiegend die Subjektivität berücksichtigenden römischen Strafrechte geltend gemacht. Sie liegt eben in dem Satze: Cogitationis poenam etc. ausgesprochen. Weiter aber, als bis zu dieser abstrakten Anerkennung der Wesentlichkeit der äusseren Erscheinung ist das öffentliche Strafrecht der Römer nicht gegangen. Es behandelt den Unterschied zwischen Vollendung und Versuch als indifferent, und begnügt sich mit der Forderung, daß der verbrecherische Wille überhaupt in einer äusseren Erscheinung manifestirt worden seyn müsse [1]. (Daß in den späteren Zeiten ausnahmsweise Fälle einer Berücksichtigung des Versuchsbegriffs vorkommen, alterirt den Charakter des römischen Strafrechts im Ganzen nicht). —

1) Zachariä Lehre vom Versuch. I. §. 98—102. Dagegen hat Z. wohl Unrecht, wenn er dem Kan. Rechte denselben Standpunkt vindicirt. Die moralische Tendenz führte, wenigstens im älteren Kan. Rechte ganz konsequent selbst auf Bestrafung der cogitatio. Berner S. 287—289.

Umgekehrt ist nun die andere Seite jener Bestimmung, wornach die Objektivität der Handlung sich als deren Totalität behauptet, im altdeutschen Rechte fixirt worden. Wie aber dieses Begriffsmoment dialektisch zu den Begriffen des Versuchs und der Vollendung sich weiter entwickelt, so ist auch historisch die Anerkennung dieser Begriffe auf dem Boden des Deutschen Rechts vor sich gegangen. Man kann nun zwar allerdings denen Recht geben, welche den rein objektiven Standpunkt, für sich genommen, roher finden, als den subjektiven. Gleichwohl muß andrerseits anerkannt werden, daß jener, als Keim seiner weiteren Entwicklungen betrachtet, vielmehr ein reicherer und konkreterer ist, als der römische. Denn der Grundgedanke des letzteren bringt es, wie gesagt, nicht weiter, als bis zu einer abstrakten Anerkennung der Wesentlichkeit der objektiven Erscheinung überhaupt, während umgekehrt die weitere dialektische Entwicklung des deutschen Princips die Anerkennung der subjektiven Seite des Verbrechens als Voraussetzung in sich schließt. Eben deshalb sehen wir ja auch, wie das deutsche Recht durch Vermittlung des Rechts der Kirche die römischen subjektiven Bestimmungen in der Schuldlehre ohne Mühe in sich aufnahm und verarbeitete. Auch rechtfertigt sich eben durch das Angeführte die Polemik Wildas [1]) gegen diejenigen, welche den Standpunkt des altdeutschen Rechts für den der absoluten Rohheit, der abstrakten Negation des subjektiven Moments in der Schuld ausgeben. Denn dies ist ganz verkehrt. In der deutschen Ansicht liegt vielmehr gerade dies als Voraussetzung, daß in der objektiven Seite des Verbrechens eine Willensäusserung ausgesprochen sei. Der Mangel ist nur der,

---

1) Strafrecht der Germanen. S. 146 ff.

daß dieses subjektive Element noch nicht in seinen Unterschieden (dolus, impetus, culpa etc.) erkannt, und deshalb nicht nur verschiedene Schuldgrade unter einander gemischt, sondern auch wohl gar Thaten aus bloßem Ohngefähr als strafbare behandelt werden.

§. 117.

Indem nun die objektive Seite der Handlung sich für sich als die Totalität derselben setzt, hiemit aber die Willensseite sich voraussetzt, so liegt hierin das Anerkenntniß ihrer Bestimmtheit durch die letztere. Denn eben in der Abstraktion von der reinen Subjektivität liegt die Behauptung, daß diese sich vollständig in die Objektivität übergesetzt haben, diese also die adäquate Erscheinung jener darstellen müsse. Hiemit aber giebt die Objektivität sich selbst als das durch die Subjektivität Bestimmte aus; gerade mit der Abstraktion von ihr bekennt sie sich als das ihr Untergeordnete. Diese Bestimmung, für sich entwickelt, ergiebt den Begriff des Versuchs.

b) Der Versuch.

§. 118.

Die objektive Seite der Handlung bekennt sich als das durch die subjektive Seite Bestimmte, d. h., sie erkennt die letztere als das über sie Uebergreifende an. Eben dieses Uebergreifen aber stellt sich im Versuche dar. Während im Versehen mehr geschehen ist, als gewollt wurde, so ist nun umgekehrt im Versuche mehr gewollt, als wirklich geschah. Die zuvor negirte Beziehung des Thatmoments auf das Willensmoment tritt also wieder hervor. Aber die Einheit beider ist, eben wie im Versehen, eine nur relative und unvollkommene. Die objektive Seite zeigt sich als unvollkommene Erscheinung der Subjektivität, in der doppelten Weise, daß sie nicht die Extensität hat, welche im Willen lag, und daß sie eben darum ihre wahre Bedeutung nur durch ihre Zurückbeziehung auf den letzteren erhält.

§. 119.

Hiernach sind im Begriffe des Versuchs folgende Momente zu unterscheiden: a) das Willensmoment bestimmt sich als dolus; denn über die Thatseite als das sie Bestimmende übergreifen kann nur der positivthätige, als Vorsatz und Absicht erscheinende Wille, während der negative, kulpose Wille umgekehrt durch das Thatmoment, als das über ihn Uebergreifende, bestimmt ist, daher Versuch und Versehen sich gegenseitig abstoßen und eine Identität beider einen inneren Widerspruch enthielte. Näher aber kann das Willensmoment im Versuche wiederum nicht der dolus als Vorsatz, sondern nur der dolus als Absicht seyn, da im ersten Fall der Begriff des Versuches von dem zufälligen Belieben des Einzelwillens abhienge, während er doch vermöge seiner Beziehung auf den Begriff der Handlung nothwendig zugleich eine objektive Maaßbestimmtheit haben muß. Beides aber, seine Bestimmtheit durch den Willen, und seine Bestimmtheit durch den Begriff der Handlung, ist vereinigt, indem das Willensmoment im Versuche als Absicht bestimmt wird, sofern der Begriff der Absicht eben die vermittelte Einheit des subjektiven Vorsatzes mit der objektiven Maaßbestimmtheit der Handlung darstellt.

Anm. — Ueber die Nothwendigkeit dieses ersten, besonders von Zachariä [1]) treffend entwickelten Requi-

---

1) Die Lehre vom Versuche des Verbrechen. Vergl. Cropp de praec. j. Rom. circa pun. Conatum del. Meister Urth. und Gutachten S. 409. Mittermaier N. Arch. I. S. 163 ff. IV. S. 1 ff. X. S. 535 ff. Luden Abh. Bd. I. Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 161. 218. Skari ebend. 1835. I. S. 384 ff. Jordan de nonnull. controv. ad doctr. de conatu del. spect. Lelièvre Comm. de Con. del. Rossi II. S. 303 ff. III. S. 1 ff. Carmignani II. S. 304 ff. Vergl. Romagnosi

sits ist fast allgemein Uebereinstimmung in der Doktrin. Die Legislation hat ohnedies nie daran gezweifelt, daß der Versuch den dolus nothwendig in sich schließe. Zachariä I. §. 23. 24. Insbesondere hat man auch mit Recht vom Begriffe der culpa aus die Unmöglichkeit des kulposen Versuchs zu zeigen versucht. Nur freilich hat man dabei oft mehr aus dem positiven Rechte, als aus der Natur der Sache, die auch das positive Recht anerkennt, argumentirt und sich daher mit Nebengründen begnügt, statt auf den Hauptgrund einzugehen. Dieser liegt in dem Begriff des Versehens selbst, welches darin besteht, daß eine für das Wollen und Wissen des Handelnden zufällige Folge eintritt, die ihm aber als realmögliche, mittelbar gewollte imputirt wird, weil sein Irrthum ein vermeidlicher war, weil er die Folge hätte vorher bedenken können und sollen. Dieser Begriff kann nun ja offenbar nur dann zur Existenz kommen, wenn eine solche Folge wirklich eingetreten ist; denn nur von der wirklich eingetretenen Folge kann die Frage entstehen, ob sie vorher hätte bedacht werden können und sollen. Wollte man strafbare culpa auch ohnedies annehmen, so dürfte man nur Jedermann Jahraus, Jahrein einsperren, denn die bloße Möglichkeit schlimmer Folgen liegt bei allem menschlichen Handeln vor. Eben deshalb aber fällt es keiner Gesetzgebung ein, die culpa eher zu strafen, als bis sich jene abstrakte Möglichkeit zu einer realen Möglichkeit verdichtet, d. h. bis der wirkliche rechtsverletzende Erfolg bewiesen hat, daß der Handelnde im konkreten Fall wirklich einen negativ bösen Willen

---

übers. v. Luden. II. S. 1—67. Niccolini del tentativo. Brower de Conatu crim. Wietgens de Con. delingu. Bauer Abh. I. S. 305—308.

gezeigt habe. Ganz etwas Andres ist es dann, wenn neben dem Gebiete der Strafjustiz die Polizeigewalt auch aus dem Gebiete der bloß möglicherweise verletzenden Handlungen diejenigen hervorhebt, welche die konstanten Vermittlungen von Verbrechen bilden, und sie eben um ihrer Gefährlichkeit willen zu Polizeivergehen stempelt. Solche Polizeivergehen sind dann eben als vollendete Polizeiübertretungen, keineswegs aber etwa als Konate von kulposen Verbrechen zu betrachten und zu behandeln. Die gleichwohl von Hepp gemachten Versuche, den Begriff eines kulposen Versuchs zu retten, worüber Zachariä I. §. 25—28 das Nöthige bemerkt hat [1]), können hier um so mehr dahin gestellt bleiben, als die meisten Argumente nur negativer Art, d. h. gegen ungeschickte Vertheidigungen der richtigen Ansicht gerichtet sind, das einzige Argument aber, welches die Sache selbst berührt, auf einem offenbaren Mißverständniß, nämlich auf einer Verwechslung der Begriffe des Versuchs und des Anfangs, beruht. Uebrigens will ja Hepp selbst endlich seinem Begriffe des kulposen Versuchs ausdrücklich keine praktische Bedeutung beigelegt wissen, indem er die in der Sache sehr richtige Bemerkung macht, daß die Gesetzgebung einen solchen Versuch nie kriminell bestrafen könne, daß vielmehr dergleichen kulpose, ohne Erfolg gebliebene Handlungen nur insofern strafbar seien, als sie der Gesetzgeber durch ein bestimmtes Polizeigesetz als selbständige Vergehen mit Strafe

---

1) Mitermaier N. Arch. X. S. 542. Dersted Neuer Beitrag, S. 120. Roßhirt Entwicklung, S. 330. 331. **Rossi Traité**, II. 22. Vergl. Wächter I. §. 84. n. 66. Henke I. S. 254. 355. Luden Abh. I. S. 266. Kitka a. a. O. S. 167. Marezoll S. 84.

bedroht habe [1]). — Unter den bei dieser Gelegenheit von Zachariä gemachten Bemerkungen ist insonderheit auch die treffend, daß man bei kulposen Verbrechen ebensowenig die Bezeichnung der Vollendung, als die des Versuchs brauchen sollte. Die kulposen Verbrechen gehören überhaupt nicht in diese beiden Kategorieen, in denen es sich wesentlich darum handelt, wie sich das abstrakt gesetzte objektive Moment der Handlung durch das subjektive bestimmen lassen und mit ihm vermitteln muß. Dieses subjektive Moment kann nämlich eben nur der dolus, nicht die selbst wieder durch das Thatmoment überwiegend bestimmte culpa seyn. Deshalb fällt die culpa nur unter die so eben unter a) aufgeführte Kategorie der abstrakten Wesentlichkeit der äussern Erscheinung. Diese unmittelbare, in ihrer Unmittelbarkeit für den dolus und seinen reicheren Inhalt noch unwahre Bestimmung genügt für den Begriff der culpa. — Solche feineren Unterschiede zu bemerken, hat sich Berner [2]) durch seine bloß nach dem Gesetze des Gleichgewichts angeordnete Entwicklung der Schuldlehre selbst verhindert. Denn ihm muß gerade die culpa stets vollendetes Verbrechen seyn, eben wie er den Konat sich nur dolos denken kann. So richtig nun letzteres, und so treffend überhaupt die Ausführung ist, daß culpa und Versuch in entgegengesetzten Polaritätsverhältnissen stehen, so fehlt

1) Mit dieser oberflächlichen Deduktion des Versuchs kulposer Verbrechen ist nicht zu verwechseln die scharfsinnige Ausführung von Stübel N. Arch. VIII. S. 236 ff., der das kulpose Verbrechen überhaupt in den Begriff der dolosen gefährlichen Handlung, mithin in den des Polizeivergehens auflöst, weil er den Begriff der culpa überhaupt undenkbar findet.

2) a. a. O. S. 174 ff.

doch bei Berners Entwicklung ebenso auf der subjektiven, wie auf der objektiven Seite, je ein Moment, und gerade dasjenige Moment, wodurch die ganze Entwicklung organisch wird. Nach seiner Ausführung stellt sich das Gleichgewicht der Momente der Handlung, — subjektiv im Begriffe des dolus, objektiv in dem der vollendeten Handlung dar. Die Begriffe des Versehens und des Versuchs entstehen bloß durch den Verlust dieses Gleichgewichts, indem das einemal das Willensmoment, das andremal das Thatmoment überwiegt. Indem sofort dieses Ueberwiegen in gänzliche Abstraktion von der andern Seite übergeht, soll der Begriff der aufgehobenen Zurechnung entstehen. Daß eine solche Zerlegung eines Begriffsganzen in seine Theile die Stelle einer Begriffsentwicklung in spekulativem Sinne nicht vertreten könne, ist für sich klar. Letztere fordert, daß die in den Gegensatz dirimirten Momente je an sich selbst wieder das andre Glied des Gegensatzes setzen, daß also gezeigt werde, wie das für sich festgehaltene subjektive Element von selbst wieder seine Vermittlung mit dem objektiven fordre, und umgekehrt. Die Stellung der Imputationslehre in einem Systeme des Strafrechts aber fordert, daß dieselbe nicht mit der Negation des Begriffs der Zurechnung, sondern vielmehr mit der konkreten Fülle dieses Begriffs schließe. Indessen, auch hievon abgesehen, führt jene mechanische Entwicklung im Einzelnen zu großen Inkonvenienzen, so vor Allem zu der Unmöglichkeit, das Gebiet der culpa von dem des casus, und das Gebiet des conatus von dem der nuda cogitatio auf bestimmte Weise abzugrenzen, da vielmehr diese Uebergänge als unendlicher Progreß vorgestellt werden. —

Auch das andre Moment, daß das den Versuch bestimmende dolose Princip nicht als subjektive Absicht,

d. h. als Vorsatz aufgefaßt werden dürfe, findet sich bei Zachariä I. §. 8 richtig hervorgehoben, und es ist nur dem Mangel an einer ausreichenden philosophischen Grundlage seiner Darstellung zuzuschreiben, daß er eines so langen Umwegs (§. 9—15) bedarf, um zu der, schon in dem Begriffe des dolus liegenden, richtigen Bestimmung zu kommen, daß der Begriff des Versuchs nur mit Rücksicht auf den Begriff des Verbrechens wahrhaft bestimmt werden könne. Vergl. Berner S. 236.

Zu den vielen Kontroversen in dieser Lehre gehört noch die, ob sich ein Versuch nur mit determinirtem oder auch mit indeterminirtem dolus denken lasse? Hier wird nun durch die Unbestimmtheit des Begriffs der unbestimmten Absicht große Verwirrung hervorgebracht, indem verschiedene Fälle, wie der des dolus alternativus, der des dolus eventualis und der des impetus durcheinander geworfen werden. Unterscheidet man aber die Fälle, wie es sich gebührt, so wird jene Unsicherheit von selbst verschwinden. Man wird dann vor Allem die indirekte Absicht und solche Fälle, welche man gewöhnlich unter den dolus eventualis stellt, d. h. Fälle der Konkurrenz einer bestimmten und einer unbestimmten (eventuellen) Absicht, nicht mit dem Fall eines alternativen dolus verwechseln. Letzterer findet in dem Falle statt, wenn der Handelnde einsieht, daß von mehreren Erfolgen irgend einer eintreten muß, und nur dies dem Zufalle überläßt, welcher der verschiedenen Erfolge wirklich eintreten soll. Im Fall des wirklichen Eintritts nun koincidirt (s. o.) der alternative dolus mit dem determinirten, und es liegt ein einfaches vollendetes doloses Verbrechen vor. Tritt dagegen keiner der verschiedenen Erfolge ein, so muß der schwerste der Erfolge als attentirt angenommen werden, weil auf diesen jedenfalls die

Absicht des Handelnden auch gerichtet war, und in diesem Attentat das Attentat etwaiger minder schweren Erfolge mitgestraft wird. Vergl. Zachariä I. §. 29.[1]). Der reine eventuelle dolus (Berner führt als Beispiel an, daß A in der Nähe einer Scheune seine Pfeife anzündet und den Rest des brennenden Schwamms in einen neben der Scheune befindlichen Heuhaufen wirft, indem er wohl einsieht, daß hiedurch die Scheune in Brand aufgehen kann, und zu diesem Erfolg eventuell seine Zustimmung giebt) wird wohl im Leben höchst selten vorkommen, da mit einem solchen Voraussehen möglicher Folgen, wo nicht der Handelnde daneben einen andern bestimmten verbrecherischen dolus hat, in der Regel nicht die direkte Billigung dieser Folgen verbunden seyn, vielmehr der Fall der Frevelhaftigkeit eintreten wird, in welcher das allerdings mit vorhandene dolose Element durch das kulpose überwogen und eben hiemit der Begriff des Versuchs ausgeschlossen wird. Vielmehr wird der dolus eventualis wohl in der Regel nur neben einem determinirten dolus vorkommen, wie denn auch meist Lehrbücher und Gesetzbücher eben nur diesen Konkurrenzfall unter der Bezeichnung des dolus eventualis hervorheben. Daß nun hier der Begriff des Versuches seine Anwendung finde, sollte in der That nicht bezweifelt werden.

Es sind hinsichtlich einer solchen Konkurrenz folgende Fälle zu unterscheiden: I. Beide Erfolge, der bestimmt gewollte, und der nur eventuell gewollte sind neben einander eingetreten. Hier liegen zwei konsummirte Verbrechen vor, und zwar wird hier, wie überall, der nur

1) AM. Hepp im N. Arch. 1836. S. 63. 64. und wieder andrer Bauer Abh. I. S. 329.

eventuelle dolus in der Strafbarkeit niedriger gehalten werden müssen, als der bestimmte. Als Beispiel kann das von Berner angeführte dienen, daß Jemand sein eigenes Haus anzündet, zunächst in der Absicht, nur dieses abzubrennen, dabei aber die Möglichkeit einsieht, daß dadurch auch des Nachbars Haus in Flammen aufgehen könne, und hiezu eventuell seine Zustimmung giebt. II. Es ist keiner von beiden Erfolgen eingetreten. Hier ist der Fall ein andrer, als bei dem alternativen dolus. Bei diesem will der Handelnde von mehreren Erfolgen nur Einen, dessen Wahl er jedoch dem Zufall überläßt. Es kann ihm daher auch nur Ein Verbrechen als versucht aufgerechnet werden, aber dies muß eben das schwerste unter den alternativ gewollten seyn. Dagegen in unsrem Fall will der Handelnde jedenfalls Einen Erfolg bestimmt, aber neben diesem noch einen anderen eventuell. Hier liegt daher, wenn gar kein Erfolg eintrat, ein doppelter Versuch in Form der idealen Konkurrenz vor. III. Es ist nur der eine oder der andere Erfolg eingetreten. Hier ist nun zu bemerken, daß man in der Regel diesen Fall mit dem des alternativen dolus verwechselt. Man spricht nämlich von eventuellem dolus auch dann, wenn der eine der beiden Erfolge den andern ausschließt, z. B. wenn Jemand einen andern zunächst verwunden, eventuell aber tödten will. Für diesen Fall ist eine Bemerkung am Platze, die Luden bei einer andern Gelegenheit macht: „es ist nicht denkbar, daß Jemand sich vorgestellt habe, er werde mit Bestimmtheit einen Andern nicht so stark verwunden, daß er sterben werde, und daß er zugleich die Vorstellung gehabt habe, er werde ihn möglicherweise tödten. ... In solchen Fällen wird bei vorgefallener Tödtung der Thäter immer sagen, einen geringeren Erfolg beabsichtigt zu haben.

Dieses Vorgeben ist aber immer unwahr, weil er sich die Tödtung als möglich vorstellte, und sich folglich nicht vorstellen konnte, daß er mit Bestimmtheit nicht tödten werde." Diese Bemerkung macht Luden in Beziehung auf die culpa dolo determinata, die aber vermöge seiner Vorstellung vom Wesen der culpa fast ganz mit dem übereintrifft, was Andre in der ebenangegebenen Weise unter den dolus eventualis stellen. An sich ist denn auch die Bemerkung richtig, wenn sie sagen soll, daß in derlei Fällen jedesmal nur Ein Verbrechen anzunehmen sei. In der That ist hier keine Konkurrenz von bestimmtem und eventuellem dolus, sondern nur ein alternativer dolus vorhanden. Ist daher ein Erfolg eingetreten, es sei der leichtere oder der schwerere, so ist dieser als mit dolus determinatus hervorgebracht zu betrachten, auf den andern aber keine Rücksicht zu nehmen, da der Thäter nur den einen mit Ausschluß des andern wollen konnte. — Es kann deshalb hier nur von dem Falle die Rede seyn, wenn überhaupt die beiden Erfolge neben einander eintreten konnten, z. B. es wird ein fremdes Haus demolirt und die Tödtung Vorübergehender durch herabfallende Steine eventuell gebilligt; oder es wird ein Haus angezündet und in die Tödtung darin befindlicher Bewohner durch das Feuer eventuell gewilligt. Immer liegt dann hier neben einem vollendeten dolosen Verbrechen ein Versuch vor, vorausgesetzt nur, daß die den nicht eingetroffenen Erfolg bedingende Handlung wirklich in das Stadium des strafbaren Versuchs vorgerückt war [1]. Und zwar findet dies statt, es mag nun der zunächst gewollte, oder es mag nur der eventuell

---

1) Vergl. Zächariä a. a. O. I. §. 141. 142. Wächter N. Arch. 1835. Bd. II. S. 478. 479.

beabsichtigte Erfolg eingetreten seyn (z. B. ein Wilderer schießt in der Dunkelheit auf einen Gegenstand, in welchem er zunächst ein Wild zu treffen meint; er denkt sich aber zugleich die Möglichkeit, daß es ein lauernder Förster sei, und willigt eventuell in dessen Tödtung, die denn auch wirklich erfolgt). — Die angeführten nöthigen Unterscheidungen fehlen auch bei Zachariä [1]) a. a. O. Wenn daher auch für den Fall, wo kein Erfolg eintrat, seine Entscheidung richtig ist, so begeht er doch die oben bemerklich gemachte Verwechslung zwischen alternativem und eventuellem dolus. Später kommt er beim qualificirten Versuche auf die Sache zurück, und spricht sich in §§. 141. 142. wieder ganz richtig aus, während im §. 143 a. E. bei Gelegenheit des alternativen und eventuellen dolus die vorige Verwechslung noch entschiedener wiederholt wird. — Noch mehr verwirrt sich Mittermaier N. Arch. IV. S. 18 ff. X. S. 542 ff. die Frage, indem er auch noch den Fall des impetus hereinzieht [2]). Mit Recht thut er es insofern, als ja die Erfindung des unbestimmten dolus in der Weise, wie ihn Feuerbach aufgestellt hat, gerade zu dem Zwecke gemacht worden ist, dem impetus Unterkunft zu verschaffen, — wie denn auch Zachariä wieder (§. 30) sagt, die meisten Fälle des unbestimmten dolus seien diejenigen, wo die Handlung im Zustande des Affekts, in der Hitze der Leidenschaft oder während einer aus der Erschütterung des Nervensystems hervorgegangenen höchst reizbaren Stimmung beschlossen und ausgeführt worden sei. Eben von solchen Handlungen nun behauptet Mitter-

1) Vergl. auch Bauer Abh. I. S. 329. 330.

2) Vergl. Jarke III. S. 247. Bratobevera Materialien, VI. S. 358. Rossi Traité, II. 31.

maier insbesondere, daß sich bei ihnen kein Versuch denken lasse, und dehnt dies dann auf Handlungen im unbestimmten Vorsatz überhaupt aus. So wenig nun dies an sich treffend gefunden werden kann, so ist es doch wieder als richtiges Gefühl anzuerkennen, wenn Mittermaier behauptet, daß der Todtschlag nicht mit bestimmtem Vorsatze gedacht werden könne. Andrerseits ist es freilich wieder einseitig und unwahr, wenn er behauptet, daß beim Todtschlag der animus occidendi gar nicht vorhanden sei. Er muß aber in diese Einseitigkeit verfallen, weil er den hier allein vermittelnden Begriff der indirekten Absicht preisgegeben hat. Was nun aber die Ansicht betrifft, daß bei Handlungen im Affekte, also für die Form des impetus kein Versuch sich denken lasse, so entgegnet Zachariä mit Recht, daß es ihr an aller näheren Begründung fehle. Nur freilich kann auch dies Raisonnement von Z. in mehrfacher Hinsicht nicht für richtig gelten, so, wenn er sagt, daß dem Todtschlag in der Regel ein direkter und bestimmter dolus zu Grund liege; oder wenn er S. 48 andeutet, es müsse im Fall versuchten Todtschlags neben einer vollendeten Körperverletzung noch ein Tödtungsversuch angenommen werden, während er S. 268 ganz richtig das Gegentheil ausspricht und S. 276 ausdrücklich sagt, bei unbestimmtem (alternativem oder eventuellem) dolus könne nie ein doppeltes Verbrechen angenommen werden, indem, Beides zugleich gewollt zu haben, gegen den Begriff des Alternativen sei. — Nach dem bisher Ausgeführten ist es unrichtig, auf den dolus indirectus die Kategorieen des alternativen oder des eventuellen dolus anzuwenden, weil beim Impetus ebensowenig von einem determinirten, als von einem indeterminirten Vorsatze die Rede seyn kann, vielmehr seine Eigenthümlichkeit gerade in dem Mangel

des Vorsatzes, d. h. der für das Bewußtsein entwickelten Absicht besteht. Diese Seite hat eben Mittermaier ganz richtig aufgefaßt. Allein, indem dem Affekt der Vorsatz abgesprochen wird, darf ihm nicht zugleich die Absicht abgesprochen werden. Das Kulpose dabei besteht eben nur darin, daß sich der Thäter vom Affekt zum Handeln hinreißen läßt, ohne sich die in seinem Handeln ausbrechende Absicht für sein Bewußtsein entwickelt zu haben. Wie bei der Frevelhaftigkeit das kulpose Element über das dolose vorherrscht und deshalb den Versuch ausschließt, so dominirt umgekehrt beim impetus das dolose Element und läßt ebendeshalb den Begriff des Versuchs zu. Die Beweisfrage kann in solchen Fällen allerdings ihre Schwierigkeiten haben, da sich Fälle denken lassen, wo aus den Umständen nicht mit Sicherheit hervorgeht, ob die Handlung, wenn sie nicht vereitelt worden wäre, den schlimmsten Erfolg zur nothwendigen Folge hätte haben müssen. Allein diese Schwierigkeit tritt überall ein, wo der Beweis des dolus aus den Umständen geführt werden muß, und die Eigenthümlichkeit beim impetus besteht nur darin, daß dieser Beweis hier gar nie anders geführt werden kann. Indem wir übrigens sagen, es komme hier auf den Beweis an, daß den Umständen nach ein schwererer oder leichterer Erfolg als durch die Art der Handlung bedingt hätte eintreten müssen, so sagen wir damit keineswegs, daß in diesem Beweise der Beweis eines determinirten dolus läge. Auf diese Weise glaubt Luden Abh. I. S. 515. n. 1. die Sache entscheiden zu können, allein im Widerspruch gegen die Natur des Affekts, der eben das deutliche Bewußtsein über den Kausalzusammenhang ausschließt. Deshalb muß denn auch Luden für alle Fälle, wo sich dem impetu Handelnden ein solches vermeintliches Bewußt-

sein von Kausalnexus nicht nachweisen lasse (d. h. in Wahrheit für alle Fälle des impetus überhaupt), den Begriff des Versuchs ausschließen. In seinem Handbuch hilft er sich nun freilich durch den Machtspruch, daß der dolus überall nur als determinirter dolus, und zwar als propositum vorkommen, und daß er allezeit aus den Umständen erschlossen werden könne. Allein mit solcherlei Machtsprüchen läßt sich in der Praxis nichts ausrichten [1]). Läßt man den Versuch nur beim determinirten Vorsatze zu, so muß man ihn im Fall des impetus ausschließen. Allein von beidem ist das Gegentheil wahr. Wo Absicht das Princip der Handlung ist, da ist auch Versuch möglich. Beim impetus ist nun freilich die Absicht im Bewußtsein des Handelnden nicht entwickelt, und kann daher bloß aus der Objektivität der Handlung abstrahirt werden. Hat nun die Handlung etwa nur einen leichteren rechtsverletzenden Erfolg hervorgebracht, so ist zu untersuchen, ob sie ihrer inneren Qualität nach mit einem schwereren schwanger gieng oder nicht. Im ersteren Falle hat man aber unbedenklich Versuch des schwereren Verbrechens anzunehmen. —

Wenn nun übrigens oben gesagt ist, daß der Begriff des Versuches sich nach der formellen Absicht, d. h. nach dem Begriffe des bestimmten Verbrechens richte, so entsteht noch weiter die Frage, ob alle Verbrechen der Art seien, daß sich ein Versuch derselben denken lasse, oder ob es nicht auch solche gebe, „welche keinen Versuch zulassen, weil jede äussere Handlung, sie sei beschaffen

1) Bei dieser Gelegenheit sei noch bemerkt, daß Luden Hdb. S. 256. 257. n. 6. gegen meine Behauptung, die Römer haben den impetus unter die Kategorie der culpa gestellt, polemisirt, dabei aber vergißt, was er in seinen Abh. I. S. 263. n. 3. selbst sagt.

wie sie wolle, es sei viel oder wenig geschehen, entweder schon vollständig dem gesetzlichen Begriffe entspreche, oder rechtlich gleichgiltig sei, weil sie auf das Dasein des dolus nicht schließen lasse?" Zachariä I. §. 32. Man hat in letzterer Beziehung theils die Unterlassungsverbrechen, theils eine Reihe von Begehungs-Verbrechen namhaft gemacht. Ausserdem ist noch viel darüber gestritten worden, ob und wie weit die verschiedenen Arten der Betheiligung eines Subjekts an einem Verbrechen (Urheberschaft, Beihilfe rc.) einen Versuch zulassen? Letztere Frage muß nun für uns in solange dahingestellt bleiben, bis der Verlauf der systematischen Entwicklung überhaupt zur Untersuchung jener Betheiligungsweisen führt. Was dagegen die Unterlassungs- und die angeführten Begehungsverbrechen betrifft, so wird die Beantwortung der aufgeworfenen Frage richtiger mit der Entwicklung des Begriffs der Vollendung, als der des Versuchs verbunden werden, und es genügt hier, vorerst auf die im Wesentlichen richtige Ausführung von Zachariä I. §. 33. 42—47 zu verweisen.

§. 120.

b.) Zu dem so bestimmten Willensmomente verhält sich das Thatmoment als unangemessene Erscheinung. Und zwar kann diese Unangemessenheit einen doppelten Grund haben, nämlich entweder darin, daß die Absicht in dem successiven Uebertreten ihrer Momente in die Aussenwelt gehemmt wird, oder darin, daß unter den vom Handelnden vorausgesetzten objektiven Umständen solche sind, welche die in's objektive Dasein übertretende Absicht sich nicht in ihrem vollen Wesen verwirklichen lassen.

Anm. — 1) Es ist eine, erst im Folgenden näher zu begründende, ganz richtige Einsicht der neueren Doktrin, daß der Begriff des vollendeten Verbrechens

mit dem Begriffe seines vollkommenen Thatbestands nicht unmittelbar identificirt, mit andern Worten, daß der Fall des Versuchs mit dem Fall eines Mangels am Thatbestande nicht verwechselt werden dürfe, obgleich von jedem Versuche gesagt werden kann, daß er einen Mangel am Thatbestand des vollendeten Verbrechens darstelle. Die Frage kam hauptsächlich bei Gelegenheit des von Feuerbach[1]) aufgestellten Milderungsgrunds wegen Mangels am gesetzlichen Thatbestande zur Sprache. s. vorläufig Zachariä I. §. 16—19. Die Rechtfertigung der fraglichen Ansicht liegt übrigens schon in der bisherigen Ausführung, sofern als bestimmendes Princip des Versuchs die dem Begriffe des Verbrechens adäquate Absicht entwickelt, hiemit aber eben gesagt worden ist, daß zum Begriff des Versuchs jedenfalls die auf Hervorbringung des gesammten Thatbestandes gerichtete Absicht gehöre, derselbe daher ausgeschlossen sei überall, wo der Handelnde ein wesentliches Moment dieses Thatbestands nicht in seine Absicht aufgenommen und daher auch nicht realisirt hatte. Insofern sagt dann Mittermaier[2]) mit Recht: bloßer Mangel am Thatbestande, im Unterschiede vom Versuch, sei vorhanden, wenn der Mangel nicht das Fortschreiten oder die Beendigung der verbrecherischen Thätigkeit oder den Eintritt der zum Begriffe des Verbrechens erforderlichen Wirkung, sondern eine andre Eigenschaft des Verbrechens betreffe. Gleichwohl erschöpft diese negative Bestimmung die Sache nicht, wie auch Zachariä, der sie adoptirt, sogleich faktisch

---

1) Lehrbuch §. 97, vergl. Mittermaier N. Arch. III. Nr. 16. u. Not. 1. zu Feuerbach a. a. O. Bauer Lehrb. §. 187. Birnbaum. N. Arch. XIII. S. 569. n. 74.

2) N. Archiv. I. S. 166.

einräumte. Denn, obgleich er in den §§. 18 und 19 seine Definition des Versuches darauf begründet, so erkennt er doch im §. 17 ausdrücklich an, daß das Moment der Hemmung des successiven Fortschritts den Begriff des Versuchs nicht erschöpfe, dieser vielmehr auch ausserdem noch die Fälle in sich begreife, wenn a) der Gegenstand oder das Mittel der Handlung untauglich gewesen sei, oder b) Zweifel darüber obwalte, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecherischen Handlung eingetreten sei. — Hievon abgesehen, genügt aber für die Einsicht in das Wesen des gewöhnlichen Versuchs (d. h. des Versuchs mit tauglichen Mitteln und am tauglichen Objekte) jene auf den successiven Verlauf der Handlung gegründete Bestimmung allerdings. Man kann in dieser Beschränkung den Versuch ganz wohl mit Zächariä definiren als: eine absichtliche auf Begehung eines Verbrechens gerichtete äussere Handlung oder Unterlassung, mit welcher oder durch welche noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zur Beendigung des Verbrechens vermöge seines gesetzlichen Begriffs gehört [1]. Denn ohne Zweifel liegt dann ein Versuch vor, wenn die im Handelnden vollständig vorhandene, d. h. alle wesentlichen Momente des Verbrechensbegriffs umfassende Absicht in dem successiven Uebertreten ihrer Momente in das objektive Dasein unterbrochen worden ist, sei es nun, daß noch nicht einmal die vollständige Handlung vorliegt, oder daß nur eine letzte Wirkung ausgeblieben ist, mit deren Existenz erst der Begriff des Verbrechens erschöpft wäre.

---

1) Vergl. Feuerbach Lehrb. §. 42. Lelièvre de conatu. §. 1. Heffter §. 74. Oestr. Gb. §. 7. Preuß. L. R. §. 39—44. Bair. Gb. Art. 60—62.

Anm. — 2) Hinsichtlich der viel besprochenen Frage [1]) ob ein Versuch auch dann vorhanden sei, wenn nicht die Handlung in ihrem zeitlichen Verlauf unterbrochen worden, sondern die beabsichtigte Wirkung wegen Untauglichkeit des Objekts oder des Mittels ausgeblieben ist, wurde schon oben §. 109 an das Princip des Irrthums erinnert, das hier einfach zur Anwendung kommen muß. Auf dieses Princip hinzuweisen ist um so nöthiger, je mehr die Frage durch Hervorhebung verschiedener Nebenrücksichten und durch verschiedene, denselben Ausdrücken beigelegte Bedeutung in Verwirrung gebracht worden ist. Bald wird nämlich hier aus den Forderungen verschiedener Strafrechtstheorieen herausargumentirt und wunderlich genug aus diametral entgegengesetzten Principien dasselbe Resultat abgeleitet; bald werden die Fälle des untauglichen Mittels und des untauglichen Objekts verschieden behandelt, und zwar wieder so, daß je von dem einen der Eine behauptet, was der Andre läugnet, und umgekehrt, bald werden dieselben Benennungen auf die verschiedensten Fälle angewandt, bald zwischen Rechts- und Gesetzverbrechen unterschieden u. s. f. — Das Princip [2]) von dem wir ausgehen, ist das allgemein zugegebene, daß der Irrthum in äusseren Umständen dem Handelnden nicht zugerechnet wird. Dieses Princip braucht nur auf die vorliegende Frage angewendet zu werden.

---

1) Mittermaier n. 7. 8. zu Feuerbach §. 42. Bauer Abh. I. S. 371—390. Chop N. Arch. 1842. S. 519 ff.

2) Angedeutet ist dies auch von Tittmann Motive zum Entw. zu einem Strafgb. für Sachsen. S. 27, nur daß er irrthümlich, anstatt vom Irrthum, vom Zufall spricht. Dagegen ist das Princip deutlich ausgesprochen bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 437—439, nur daß der Verf. sogleich wieder Concessionen macht, die mit der Konsequenz nicht bestehen können.

Es handelt sich hier um eine verbrecherische Absicht, die in's äussere Dasein übergeht, die aber ihr Wesen nicht entwickeln kann, weil der Handelnde in faktischem Irrthum entweder im Gegenstande oder in den Mitteln sich vergreift. Durch diese Bestimmung ist bereits derjenige Fall ausgeschlossen, den man Putativ- oder Wahnverbrechen nennen kann, d. h. nicht der von Heffter §. 36, noch der von Luden Abh. I. S. 476. n. 1. so genannte, sondern nur der von Luden Abh. II. S. 196. n. 1. angeführte[1]), wenn Jemand eine verbrecherische Absicht zu haben und auszuführen glaubt, während seine Absicht in der That dies nicht ist. Hier nämlich ist ein Rechtsirrthum vorhanden, kein faktischer, es kann also dieser Fall gar nicht unter unser Princip fallen. Gewissermaßen könnte das hier Gesagte auch in dem Ausdrucke von Heffter gefunden werden, wiewohl zu vermuthen ist, daß der Verf. ihn in anderm Sinne verstehe. Er spricht nämlich von „einer verbrecherischen Absicht, die durch Irrthum (Selbsttäuschung) an einem Objekte auszuführen gesucht werde, an welchem das beabsichtigte Verbrechen überhaupt unmöglich sei." Würde man dies so verstehen: Wahnverbrechen sei vorhanden, wenn Jemand sich irrthümlich, in Selbsttäuschung als Objekt einer verbrecherischen Absicht etwas in den Kopf setze, was in Wahrheit dies nicht sei, — so wäre dies ganz das Richtige. Allein Heffter scheint nicht an das Objekt des Verbrechens selbst, sondern nur an den unmittelbaren Gegenstand der Aeusserung des Verbrechens zu denken, — eine Verwechslung, die freilich fast allge

1) Auch Bauer Abh. I. S. 376—379 hat den Streitpunkt keineswegs richtig bestimmt. s. aber die richtige Ansicht bei Oersted Grundregeln S. 169.

mein vorkommt [1]), aber zu den fatalsten Konsequenzen führt. Man muß doch offenbar wohl unterscheiden, ob Jemand aus Selbsttäuschung ein Recht zu verletzen glaubt, während seine Absicht in Wahrheit auf eine Handlung gerichtet ist, die ihrer Natur nach nicht rechtsverletzend ist, — oder ob er eine ihrer inneren Natur nach rechtsverletzende Absicht hat und diese nur aus Irrthum an einem Gegenstand auszuführen sucht, an welchem sie nicht realisirt werden kann. Im ersten Falle ist kein Verbrechen vorhanden. Im letzteren dagegen allerdings. Würde also z. B. Jemand glauben, es sei Ehebruch, wenn man mit der Braut eines Andern konkumbire, oder es sei Diebstahl, wenn man einem Andern eine ihm geliehene Sache, die dieser lange nicht zurückgegeben, heimlich hinwegnehme, so würde hier weder von Ehebruch, noch von Diebstahl gesprochen werden können. Allein etwas ganz Andres ist es, wenn einer in der ganz richtig gedachten Absicht, die Ehe zu brechen oder zu stehlen, sich nur in dem unmittelbaren Gegenstande der Handlung vergreift, z. B. in der Dunkelheit seine eigene Frau umarmt, seine eigene Sache heimlich hinwegnimmt. Hier ist er bloß in einem faktischen Irrthum, der die Natur seines dolus keineswegs alteriren kann. Ganz dasselbe ist aber der Fall, wenn Jemand, um eine wirklich verbrecherische Absicht auszuführen, ein Mittel ergreift, mit welchem sie nicht realisirt werden konnte [2]). Daß

---

1) s. besonders auch Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 162—164.

2) Mittermaier N. Arch. I. S. 170—172 stellt freilich die petitio principii voran, daß zur Töbtung ein lebendiger Mensch und ein tödtliches Mittel gehöre. Als ob nicht dadurch von vorn herein aller Versuch ausgeschlossen würde! denn nimmt man den Begriff des Verbrechens so materiell, so gehört zur Töbtung doch

in solchen Fällen der Begriff des Versuchs an und für sich nicht ausgeschlossen sei, geben auch in der That besonnene Gegner, z. B. Zachariä I. §. 130 zu. Es muß daher wohl irgend ein andrer Grund vorhanden sein, aus welchem weiterhin abgeleitet wird, daß derlei Versuchshandlungen gleichwohl nicht als verbrecherisch behandelt werden dürfen. Und in der That, ist auch Feuerbach (Lehrb. §. 42.) einen solchen Grund nicht schuldig geblieben. Er sagt: Der Versuch könne nur dann gestraft werden, wenn die Handlung selbst nach ihrer äusseren Beschaffenheit mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhang stehe, objektiv gefährlich sei. Denn bürgerliche Strafbarkeit sei ohne eine dem äusseren Rechte widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber sei nur dann äusserlich rechtswidrig, wenn sie das Recht verletze oder gefährde. Wer das Gegentheil behaupte, verwechsle das Moralische mit dem Rechtlichen, und die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Rechte zur Strafe. — Denselben Hauptgrund, daß die rechtswidrige Absicht allein einer Handlung noch nicht die Qualität der Rechtswidrigkeit gebe, stellt auch Mittermaier[1]), der übrigens zeitweise seine Ansicht gewechselt hat, voran, und fügt noch bei: durch die gegentheilige Ansicht werde der Versuch von jedem Thatbestand entkleidet, sie verstoße daher gegen alle rechtlichen Grundsätze vom Thatbestand und Beweise der Verbrechen. Auf

---

wohl auch, daß der lebendige Mensch wirklich todt gemacht wird. An demselben Mangel leidet auch die im Uebrigen manches Richtige enthaltende Abhandlung im N. Arch. III. S. 394 ff. Gegen Mittermaier s. Oersted Grundregeln, S. 170—180

1) N. Arch. I. S. 183—199. IV. S. 1 ff. S. 104. X. S. 551. ff. Anm. 7. 8. zu Feuerbach. Kitka a. a. O. S. 174 ff. (VI. S. 357. n. 9) Jenull östr. Krim. Recht. S. 131. 133.

den letzteren Grund beruft sich auch Heffter §. 76. n. 4. vergl. §. 92, selbst für den Fall, wenn der Thäter ein an sich taugliches Mittel geben wollte und nur aus Verwechslung zu einem untauglichen griff, während er für den Fall, wenn der Thäter gegen einen in abstracto untauglichen Gegenstand oder mit einem in absracto untauglichen Mittel operirte, gleichfalls den Feuerbachischen Grund beibringt, in der freilich etwas unbestimmten Wendung: das Recht sehe in der Regel nur auf das Mögliche und Wirkliche, und Strafe setze immer ein bestimmtes Verbrechen, mithin auch die Verletzung oder wenigstens Antastung eines in concreto giltigen bestimmten Rechts voraus: die gedachten Versuchshandlungen aber seien entweder facta voluntati contraria, welche über die Gewißheit des Willens kein hinreichendes Zeugniß geben, oder unschädliche Dummheiten, welche auch sonst nicht dem Rechtsgebiete anheimfallen. — Alle diese Behauptungen reducirten sich auf den von Feuerbach mit Entschiedenheit aufgestellten Satz, daß zu einer verbrecherischen Handlung eine äussere Rechtsverletzung oder wenigstens die äussere Gefährdung eines Rechts nothwendig gehöre. Der an sich durchaus richtige Satz, daß an der verbrecherischen Handlung nicht nur die subjektive, sondern auch die objektive Seite wesentlich sei, erhält also hier die weitere Bedeutung, daß dieses objektive Moment in der wirklichen Läsion einer unmittelbar äusserlichen Rechtsexistenz bestehen müsse. — Dieser Ansicht entgegen stellt sich die von Oersted[1]), daß nicht der äussere Schaden, sondern der in der That ausbrechende böse Wille der Gegenstand der Strafdrohung sei. — Beide Ansichten sind aber einseitig. Nach der ersteren müssen

1) Grundregeln, S. 164 ff. vergl. Grolman §. 31. Schröter I. S. 120. n. 1.

auch die gewöhnlichen Versuchshandlungen, sobald sie nur noch keinen Schaden hervorgebracht haben, als nicht verbrecherisch behandelt werden, wie dies schon von Andern, besonders von Jarcke[1]), ganz mit Recht geltend gemacht worden ist. Zachariä I. S. 240 will zwar diesen Einwurf nicht anerkennen, aber ohne seine Protestation begründen zu können. Nach der Ansicht Oersteds müßten dagegen auch wirkliche Wahnverbrechen als strafbare Versuche behandelt werden, da von einem in That ausbrechenden bösen Willen allerdings auch bei ihnen gesprochen werden kann. — Um auf festen Grund zu kommen, wäre daher zuerst die Frage zu untersuchen, ob in der That die Feuerbachische Bestimmung des objektiven Moments die richtige sei? Nun ist schon im Vorigen die Oerstedische Behauptung indirekt abgewiesen worden, sofern sie folgerichtig auch zur Bestrafung bloßer Wahnverbrechen führt. Gegen ihn haben die Gegner vollkommen Recht, wenn sie dem objektiven Momente überhaupt eine wesentliche Bedeutung zugestehen; dagegen hat er seinerseits gegen sie Recht, wenn er dem subjektiven Momente die überwiegende Bedeutung vindicirt. — Gewiß nämlich ist soviel, daß das Verbrechen wesentlich Handlung ist, daher nothwendig die verbrecherische Absicht in's objektive Dasein übergetreten seyn oder überzutreten angefangen haben muß, wenn juristisch überhaupt von einem Verbrechen die Rede seyn soll. Hierin sind das altgermanische und das römische Recht, und ebenso Feuerbach und Oersted einstimmig. Aber die weitere Frage ist nun eben die nach dem Ver-

1) Handb. I. S. 217. vergl. Henke Handb. I. S. 256. Escher Abh. S. 166. Lelièvre de conatu S. 373—385. Wietgens de conatu S. 131—137. Wächter I. S. 137. b.

hältnisse beider Seiten der Handlung zu einander. Historisch stehen sich in dieser Hinsicht das germanische und das römische Recht gegenüber. Jenes nimmt die Wesentlichkeit der objektiven Seite abstrakt, d. h. die Objektivität als das Uebergreifende. Daher existirt ihm das Verbrechen nur als That, als wirklich gewordene Rechtsverletzung, dieselbe sei nun aus bloßem Versehen, oder aus Vorsatz hervorgegangen. Die Voraussetzung der Schuld ist zwar vorhanden, aber noch nicht entwickelt, vielmehr wird das Innerliche nur in seinem äusserlichen Spiegel angeschaut. Ein verbrecherischer Wille, der sich nicht in eine adäquate äussere That, eine wirkliche Rechtsverletzung, einen handgreiflichen schädlichen Erfolg umgesetzt hat, ist für diese Ansicht das völlig Indifferente. Vielmehr werden alle Bestimmungen, die wesentlich der subjektiven Seite angehören, auf die objektive übergetragen. Daher denn die abstrakte Berücksichtigung des äusseren Erfolgs, daher die Gleichgiltigkeit gegen Handlungen und Erfolge, die an und für sich selbst nicht rechtsverletzend aussehen. Damit stimmt es denn auch sehr wohl überein, wenn man nicht daran denkt, Versuche an untauglichen Objekten oder mit untauglichen Mitteln zu strafen. Aber man muß nur nicht vergessen, daß nach dieser Ansicht der Versuch als solcher überhaupt nicht als strafbar erscheint. — Umgekehrt behandelt das römische Recht die Subjektivität als das Uebergreifende und läßt das Thatmoment als die bloße, an sich unselbständige Erscheinung gelten. Indessen darf man hieraus nicht etwa sogleich mit Cropp, Lelièvre u. A. den Schluß ziehen wollen, daß es auch die untauglichen Versuchshandlungen gestraft haben werde. Im Gegentheil führte wohl schon der accusatorische Proceß zu dem gegentheiligen Grundsatz, der sich aber auch aus dem straf-

rechtlichen Standpunkte für sich rechtfertigen ließ. Das römische Strafrecht war, wie schon einmal bemerkt wurde, kein doktrinäres, sondern eine Sache des Lebens, und man thut deshalb Unrecht, ihm Konsequenzen zu unterschieben, die zwar in seinem Principe lagen, aber in der Praxis zu den größten Mißständen geführt hätten. Wäre die volle Konsequenz des subjektiven Gesichtspunkts ausgebeutet worden, so hätte in Rom auch das reine Wahnverbrechen als strafbar behandelt, d. h. die nuda cogitatio bestraft werden müssen. Dem widerstrebte der gesunde Verstand, und es ist daher wohl sehr natürlich zu erklären, wenn man diesem Extrem überhaupt ferne bleiben wollte und deshalb auch dann kein Verbrechen annahm, wenn der Thäter an ein an sich untaugliches Objekt oder Mittel gerathen war, während es unbezweifelt ist, daß Versuche mit in concreto untauglichen Mitteln allerdings für strafbar gehalten wurden. Eben im letzteren Punkte aber hat sich offenbar die Konsequenz des Princips geltend gemacht, und es fehlt sogar nicht einmal an Stellen, welche zeigen, daß früher dieses Princip noch konsequenter verfolgt wurde (s. d. Aussprüche von Pomponius und Neratius in l. 46 §. 8. D. de furtis und l. 6 D. expil. hered.), wie denn auch Justinian in der l. 20. Cod. de furtis dasselbe ganz unläugbar anwendet. Gleichwohl möchten wir glauben, daß man in der Regel den entgegengesetzten Grundsatz befolgt habe, wie er in l. 22 §. 4 D. ad l. Corn. de fals. ausgesprochen ist, theils aus dem angef. Grunde, weil man fürchtete, daß man sonst konsequenter Weise auch die nuda cogitatio strafen müßte (quanquam ad cogitationem animi nocens est .... dicamus eum poena eximendum esse), theils weil der Beweis des dolus in Rom vornämlich nur ex re geführt wurde, hiezu aber untaugliche Versuchshandlungen aller-

dings keine Handhabe boten, theils endlich, weil man selbst auf dem römischen Standpunkte so argumentiren konnte: der dolus ist das bestimmende Princip für den Begriff des Verbrechens, die That nur die für sich unwesentliche Erscheinung; gleichwohl muß der dolus überhaupt äusserlich erschienen seyn, damit ein Verbrechen vorliege; diese Erscheinung muß nun aber, um den dolus erweisen zu können, ihm auch wirklich adäquat seyn, sie darf nicht auch als das ganz Unschädliche gedeutet werden können, als factum voluntati contrarium [1]). Wie dem aber auch seyn möge, — denn ein Schwanken der römischen Jurisprudenz in diesem Punkte ist nicht abzuläugnen, — soviel ist sicher, daß in der Konsequenz des römischen Standpunkts die Bestrafung der untauglichen Versuchshandlungen liegt, wie dies denn auch Oersted ganz richtig heraushebt. Nachdem nun das deutsche Recht seiner ersten naiven Gestalt allmälig entwachsen war und das römische Princip in sich aufgenommen und weiter entwickelt hatte, so konnte nun auch jene Konsequenz sich ohne Gefahr entwickeln, da vermöge der bleibenden deutschen Grundansicht über die Wesentlichkeit des Thatmoments die Verwechslung des rechtlichen Standpunkts mit dem moralischen nicht mehr zu besorgen war. Andrerseits mußte nun aber freilich auch das deutsche Recht seine einseitige Rücksicht auf den Erfolg aufgeben; insbesondre mußte es die Rohheit abthun, Thatmoment und materiellen Schaden zu identificiren. Der Begriff der objektiven Seite mußte sich idealisiren zu dem Begriff der äusseren Erscheinung der verbrecherischen Absicht, und eben damit mußten alle Konsequenzen fallen, die nur die ungebildete

---

1) Vgl. auch Lelièvre Comm. de conatu. S. 119. Mittermaier N. Arch. X. S. 546. Bauer Abh. I. S. 381.

Materialität des früheren Standpunkts mit sich gebracht hatte, d. h. es mußte nicht nur der Begriff des Versuchs überhaupt entstehen, sondern auch, wenn dieser Begriff einmal entstand, konnte kein Unterschied zwischen tauglichen und untauglichen Mitteln gemacht werden. Diesen Fortschritt hat denn auch die Karolina mit der auf ihr fußenden Doktrin und Praxis gemacht, was freilich Mehrere nicht, oder nur mit Beschränkung anerkennen wollen [1]). — Diesem Fortschritte gegenüber ist nun die Feuerbachische Ansicht nichts Andres, als eine Repristinirung des altgermanischen Standpunkts und seiner materiellen Auffassung des Thatmoments, woraus folgerichtig die gänzliche Verwerfung alles strafbaren Versuchs sich ergiebt. Ob aber auch diesmal Feuerbachs Ansicht aus der Konsequenz seiner ganzen Theorie gerechtfertigt werden könne, darf stark bezweifelt werden. In dieser Konsequenz liegt es allerdings, das Verbrechen nicht als Unrecht an sich, sondern als gefährliche Handlung aufzufassen, von welcher mittelst des psychologischen Zwangs abgeschreckt werden muß. Offenbar ist nun auch der Versuch des Verbrechens eine gefährliche Handlung, und

1) Chog a. a. O. macht der hier vertheidigten Ansicht bedeutende Koncessionen, glaubt aber doch, die entgegengesetzte dadurch rechtfertigen zu können, daß die P. G. O. die in bloßen Worten (Drohungen) manifestirte Absicht nicht als Versuch prädicire, was doch der Fall seyn müßte, wenn sie auch objektiv ungefährliche Handlungen dazu hinreichen ließe. Allein der scharfsinnige Verfasser übersieht, daß Aeusserung in Wort und Aeusserung in That immer noch etwas Grundverschiedenes bleibt. Letzteres verlangt mit Recht die P. G. O. zum Versuch, während sie Ersteres nicht genügen läßt. Liegt aber eine That vor, in welcher der böse Wille sich äussere Existenz gegeben hat, so giebt Chog selbst zu, daß die Verhinderung der Vollendung ebenso vorhanden sei, wenn das Mittel an sich untauglich ist, als wenn es durch Zufall untauglich geworden ist.

eben deshalb zweifelt auch Feuerbach keinen Augenblick an der Strafbarkeit des Versuchs überhaupt. Allein gerade aus seiner Gesammtansicht folgt weiter, daß zwischen Tauglichkeit und Untauglichkeit der Versuchshandlungen kein Unterschied gemacht werden sollte. Denn offenbar ist es ja der böse Wille, der den Menschen gefährlich macht, und dieser Wille ist ebensogut vorhanden bei der untauglichen, als bei der tauglichen Versuchshandlung. Daß erstere für sich keinen Schaden hervorbringen kann, das macht gar nichts aus; denn auch die letztere thut dies nicht. Man straft ja überhaupt dieser Theorie gemäß nicht quia peccatum est, sondern ne peccetur. Ist der Zweck der Strafe nur der, die Bürger von gefährlichen Handlungen abzuschrecken, so wird dieser Zweck bloß halb erfüllt, wenn man nur die tauglichen Versuchshandlungen straft. Denn der dumme oder unbesonnene Mensch, der sich heute in seinem Mittel vergreift und straflos bleibt, wird darin die größte Anreizung finden, morgen ein tauglicheres Mittel zu wählen. Aber nicht nur dies, auch das Wahnverbrechen sollte nach Feuerbachs Grundansicht für strafbar gelten; er sollte gerade dasjenige behaupten, was Oersted gegen ihn ausführt. In der That hat denn auch Feuerbach in den früheren Ausgaben seines Lehrbuchs die entgegengesetzte Ansicht gehabt. Ebensowenig liegt aber andrerseits Konsequenz darin, wenn Mittermaier, der Vertheidiger einer Gerechtigkeitstheorie, die Feuerbachische Ansicht adoptirt. Denn einer wahren Gerechtigkeitstheorie muß nichts mehr zuwider seyn, als die Auffassung des Verbrechens als gefährliche Handlung[1]). Die Sorge für

1) Unbegreiflich ist, wie Trefurt N. Arch. 1838 S. 282, 293 vom Standpunkte der Hegel'schen Philosophie aus die Feuerbach'sche Ansicht annehmen kann. Allerdings ist (s. ebend. S. 406) seine

die gefährlichen Handlungen als solche überläßt sie der Polizei. Im Gebiete des Strafrechts dagegen macht es für sie nichts aus, ob eine an sich unrechte Handlung objektiv gefährlich ist oder nicht. Freilich sind die sog. Gerechtigkeitstheorieen der letzteren Zeit sehr synkretistischer Natur, wie sie dies denn auch durch die Annahme des Epithetons: bürgerlich selbst aufrichtig eingestehen. In diesem Betracht ist es denn nicht zu verwundern, wenn Zachariä u. A., die solchen zusammengesetzten Theorieen huldigen, auch bei der hier zunächst vorliegenden Frage eine freie Distinktion anbringen, indem sie zwischen abstrakter und konkreter Zweckwidrigkeit unterscheiden. Man kann hier zuvörderst von dem Mißstand absehen, daß dieselben Fälle bei dem einen als Beispiele konkreter, bei dem andern als Beispiele abstrakter Zweckwidrigkeit aufgeführt werden [1]), oder daß der eine die Handlungen gegen untaugliche Objekte für strafbar, dagegen die mit untauglichen Mitteln für nicht strafbar ausgiebt, während der andre in beiden Punkten gerade das Gegentheil behauptet (Jordan und Lelièvre). Zachariä behauptet [2]), der wesentliche Unterschied zwischen einem bloß unzulänglichen und einem von Anfang an und seiner inneren Beschaffenheit nach untauglichen Mittel sei nicht

---

Bemerkung gegen Hepp vollkommen richtig, daß beim Versuch die objektive Seite nicht völlig zurücktrete. Aber auch bei der untauglichen Versuchshandlung liegt ja eine objektive Existenz des verbrecherischen Willens vor. Der Verfasser knüpft sehr richtig an den Irrthum an, aber er macht von dem richtigen Princip eine unrichtige Anwendung (S. 407), wie im bisherigen hinlänglich gezeigt ist.

1) Mittermaier N. Arch. IV. S. 105. Jordan de nonnullis cotrov. ad doctr. de Conatu. spect. p. 24. Kitka a. a. O. S. 173. Anm.

2) Vgl. Mittermaier N. Arch. I. S. 194.

schwer einzusehen, und ebenso verhalte es sich mit dem Unterschied zwischen einem an sich möglichen, und einem an sich unmöglichen Gegenstande des Verbrechens, wenn gleich oft zweifelhaft seyn könne, ob ein bestimmter Fall in die eine oder in die andre Kategorie gehöre. Man kann auch dies zugeben, und gleichwohl die Unterscheidung für völlig indifferent halten, da es sich im konkreten Falle doch immer nur von der konkreten Unmöglichkeit handelt. In der That ist aber ein mit einem undurchdringlichen Panzer geschützter Mensch ein ebenso unmöglicher Gegenstand der Tödtung, als ein bereits todter, und ein im Augenblick der Darreichung bereits paralysirtes Gift ist im konkreten Fall ebenso schlechthin unwirksam, als Zucker, der statt Arseniks gegeben wird. Auch das bloß unzulängliche Mittel, noch so oft in derselben Weise widerholt, wird, wie Luden [1]) richtig sagt, niemals das Verbrechen vollenden. Ja, wenn man dann einmal auf dieser unnatürlichen Abstraktion vom Willen beharren will, — so ist die Handlung des Dolchzückens und Hineinbohrens doch wohl in sich selbst von gleich gefährlicher Natur, ob sie nun das eine Mal an einem undurchdringlichen Panzer, das andre Mal an dem bereits eingetretenen Tod ihre Wirksamkeit einbüßt. In beiden Fällen hat der Gegenstand des Verbrechens eine Qualität an sich, die gegenüber dem Handelnden Zufall ist, die aber macht, daß die Handlung ihre Wirkung nicht entbinden kann. Daß der Verbrecher reussiren würde, wenn er das an sich taugliche Mittel ein andres Mal auf taugliche Weise anwendete [2]), kann wahrhaftig nichts ausmachen. Denn

1) Luden Abh. I. S. 475, 476. Anm. Bauer Abh. I. S. 385. Vgl. Pfotenhauer über den Einfluß des Irrthums. S. 79, 128, 157, 189.

2) Zachariä I. S. 240 n. 2. Rossi Traité, II. 31.

man straft ja nur das wirklich Gewordene, nicht das, was möglicher Weise hätte werden können. Auch gilt von dem, der Zucker statt Gifts giebt, ganz dasselbe; wenn er ein andres Mal das rechte Mittel ergreift, so wird er auch reussiren. Wenn daher Zachariä sagt: „die Strafbarkeit des Versuchs mit bloß unzulänglichen Mitteln ergiebt sich von selbst daraus, daß in diesen Fällen der Thäter wirklich ein zur Vollbringung dienstliches Mittel angewendet hat, dessen Wirksamkeit nur ein Zufall vereitelte," so ist damit nichts gewonnen. Denn 1) ist eben dasselbe auch bei untauglichen Mitteln der Fall, daß durch einen Umstand, der für den Handelnden in die Sphäre des Zufalls gehört, die Wirksamkeit seiner an sich durchaus gefährlichen Handlung vereitelt wird. 2) Wenn Zachariä sagt, eine Handlung mit bloß unzulänglichen Mitteln sei auch ihrer äusseren Beschaffenheit nach mehr oder weniger gesetzwidrig, so ist dies in der That nicht wohl zu begreifen. Denn gesetzwidrig ist nur die Richtung einer Handlung auf das verbotene Ziel, keineswegs aber die äussere Beschaffenheit der Handlung als solche. Behauptet man das Letztere, so darf man überall nur die wirklich vollendete Handlung für verbrecherisch erklären; denn die bloß versuchte, sie sei mit tauglichen oder untauglichen Mitteln versucht, hat an sich keine Rechtsverletzung hervorgebracht. Will man aber überhaupt einmal jenen materiellen Standpunkt aufgeben und auch Handlungen, die an sich nicht rechtsverletzend werden, ihrer Richtung auf das verbotene Ziel wegen als Versuche strafen, so kann man nun vernünftiger Weise nicht mehr eine bloße Konsequenz jenes verlassenen Standpunkts nachschleppen wollen; vielmehr muß man dann einsehen, daß eben diese Richtung auf das verbotene Ziel in beiden Fällen auf die gleiche Weise vorhanden, daß die konkrete

Handlung in beiden Fällen gleichwenig wirksam, daß in beiden Fällen an der äussern Beschaffenheit der Handlung, für sich genommen, gleich viel und gleich wenig Gesetzwidriges ist. 3) Eben dies ist aber der Grundfehler bei der Ausführung Zachariä's, daß hier aus zweierlei Principien argumentirt wird, ein Verfahren, das freilich bei der Aufstellung einer „bürgerlichen Gerechtigkeitstheorie" überall unvermeidlich ist. Einerseits wird hinsichtlich der unzulänglichen Mittel das ganz richtige Princip angewandt, daß eine in sich wirkungslos gebliebene Handlung doch für verbrecherisch angesehen werden müsse, weil in ihr ein bestimmter dolus sich manifestirt habe. Andrerseits fällt er hinsichtlich der untauglichen Mittel ganz und gar auf den materiellen Standpunkt des altdeutschen Rechts zurück, das die Willensseite ignorirt und nur die objektive Qualität der That berücksichtigt. Diese Unnatürlichkeit muß aber nothwendig durch Argumente verdeckt werden, die man nur schärfer in's Auge fassen wird, um sie als nichtig zu erkennen. Zachariä sagt mit Feuerbach, die Handlung müsse objektiv gefährlich seyn. Er giebt dafür nicht mehr den entscheidenden Feuerbachischen Grund an, der den Begriff des Versuchs überhaupt aufhebt. Er sagt nur noch, die Handlung müsse auch ihrer äusseren Beschaffenheit nach mehr oder weniger gesetzwidrig seyn. Daß damit nichts gesagt sei, wurde so eben gezeigt. Halten wir nun aber eben das Moment der objektiven Gefährlichkeit für sich fest, so entsteht sogleich die Frage, ob denn nur überhaupt mit irgend einem Rechte von der objektiven Gefährlichkeit einer Versuchshandlung, abgesehen von der darin ausgesprochenen subjektiven Gesinnung, gesprochen werden könne? Diese Frage muß aber verneint werden [1].

1) Bei andrer Gelegenheit sagt Zachariä II. S. 241 wesentlich

Denn die Voraussetzung beim Versuch ist ja immer, daß die Handlung objektiv unschädlich gewesen sei, (d. h. wenigstens den beabsichtigten Schaden nicht hervorgebracht habe); eben damit zeigt sich aber jede Handlung, die bloß beim Versuch stehen bleibt, als eine bloß scheinbar gefährliche, und es erscheint deßhalb als völlig müßig und ungerechtfertigt, weiter darauf zu reflektiren, was noch ferner hätte geschehen können, wenn es nicht beim Versuch geblieben wäre. Wer ein an sich taugliches Mittel auf untaugliche Weise gebraucht, der ist objektiv ebensowenig ernstlich gefährlich, als wer von vorn herein ein untaugliches wählte. Beide Handelnden verwenden den Naturkausalismus auf eine ungeschickte Weise zum Dienst ihrer Absicht, und es ist eine ganz wunderliche Täuschung, wenn man meint, die Handlung des ersten sei an sich gefährlicher. Man stellt sich hiemit die Handlung als etwas nach nothwendigen Gesetzen Verlaufendes vor, während doch beim Versuch gerade das punctum saliens das ist, daß das handelnde Subjekt durch irgend eine Ungeschicklichkeit den naturgesetzlichen Verlauf seiner beabsichtigten Handlung selbst abbricht. Der Unterschied ist nur, daß diese Ungeschicklichkeit beim Einen früher eintritt, als beim Andern. Allein dieser Unterschied ist für die rechtliche Beurtheilung des Versuchs durchaus gleichgültig. Diese hat es in beiden Fällen nur mit dem wirklich Gewordenen zu thun, nicht mit dem, was hätte werden können; jenes ist aber in beiden Fällen eine unschädlich gebliebene Handlung. Wenn nun diese Handlung gleichwohl den Charakter des Verbrecherischen und Strafbaren haben soll, so kann dieß

dasselbe. Auch Mittermaier N. Arch. I. S. 169 beruft sich, übrigens ohne allen Beweis, auf jenes falsche Argument. S. dagegen Bauer Abh. I. S. 373, 374.

nur in der darin manifestirten verbrecherischen Absicht, d. h. nur in der darin ausgesprochenen subjektiven Gefährlichkeit liegen. Deshalb ist denn allerdings kein Versuch vorhanden, wenn ein Subjekt eine solche Absicht nur zu haben meinte, während es sie in Wahrheit nicht hatte. Dagegen wenn seine Absicht in der That eine verbrecherische war, so muß es fernerhin ganz gleich seyn, worin der Grund lag, der die Handlung unschädlich machte, vorausgesetzt nur, daß er nicht in der freiwilligen Zurücknahme der Absicht von Seiten des Subjekts selber lag. Denn immer war es der vom Handelnden ungeschickt gebrauchte, nicht gehörig bemeisterte Naturkausalismus, der seine Absicht in der objektiven Aussenwelt Schiffbruch leiden ließ. Die von Zachariä, Rossi und A. gemachte Unterscheidung von untauglichen und bloß unzulänglichen Mitteln will daher nichts heißen. Die Forderung, daß die Versuchshandlung auch ihrer äusseren Beschaffenheit nach der bürgerlichen Gesellschaft nachtheilig seyn müsse [1], hebt auch den Begriff des Versuchs mit tauglichen Mitteln auf. Ueberhaupt aber macht sich in der Forderung, daß die verbrecherische Erscheinung, abgesehen vom Willen, in sich eine rechtsverletzende Qualität haben müsse, ein rohes, von der positiven Rechtsbildung längst überwundenes Princip geltend, dem vielmehr das Andere substituirt werden muß, daß das Thatmoment wesentlich, aber eben nur als Erscheinung der verbrecherischen Subjektivität wesentlich sei [2]. Die Behauptung, daß man hiemit

1) s. besonders Romagnosi u. Carmignani a. a. O., während Filongieri IV. 2. Kap. 37. a. E. gerade den entgegengesetzten Schluß zieht.

2) Mit der „Vereinigung des subj. und des obj. Moments", wie sie Zachariä II. §. 172 fordert, ist nichts zu machen. Uebrigens

das Strafrecht mit der Moral verwechsle und auf die Bestrafung der nuda cogitatio komme, ist aber so wenig gegründet, daß vielmehr gesagt werden muß, daß nur nach der hier vertheidigten Ansicht die Gränze zwischen den gedachten Gebieten genau sich bestimmen lasse. Der Moral gehört eine Handlung an nach ihrer innerlichen Seite; sobald aber die schlechte Gesinnung sich auch äußerlich hervorgewagt hat, so hat sie damit den Boden des Rechts betreten; und sobald sie auf diesen Boden als Absicht, das an sich Unrechte zu bewirken, getreten ist, so liegt nicht mehr bloß eine immoralische Gesinnung, eine nuda cogitatio, sondern eine verbrecherische Absicht vor, die sich Existenz gegeben hat. Umgekehrt ist es schwer, sich einen Begriff von einem Unterschied zwischen Immoralität und Verbrechen zu machen, der von einem rein zufälligen Momente abhängen soll, nämlich von dem Mehr oder Minder der Unangemessenheit der äusseren Erscheinung zu der in derselben manifestirten Absicht. Eben in der unklaren Vorstellung über jenen Unterschied aber, in der sonderbaren Ansicht, daß das Verbrechen aus zwei Theilen bestehe, aus immoralischer Gesinnung, und äußerlich rechtsverletzender Handlung, daß daher die Bestrafung des bloß subjektiv Gefährlichen eine Ueberschreitung der Gränzen des Rechts sei, in diesen Voraussetzungen, die unmittelbar auf die Verwerfung des Versuchsbegriffs überhaupt hinführen, dreht sich die ganze Beweisführung von Zachariä in den §§. 125—130 herum. Denn den von Rossi geltend gemachten Grund, daß, was nicht vollendet werden könne, auch nicht angefangen werden könne, führt er

erkennt er die Rohheit der gedachten materiellen Auffassung II. S. 163. 164. selbst an.

nur im Schlepptau mit, weil ihm vielleicht selbst das darin liegende Sophisma bedenklich war [1]). — Was nun von den untauglichen Mitteln gilt, das muß, wenn irgend Konsequenz stattfinden soll, auch von den untauglichen Objekten gelten, wie denn auch die Gegner für beide Fälle dieselben Argumente brauchen [2]). Uebrigens ist gerade in dieser Beziehung noch an eine wichtige praktische Folge zu erinnern. Man denke sich zwei Miturheber, die ohne vorausgegangener Verabredung einem Dritten das Leben nehmen wollten. Sie treffen zufällig zusammen und schlagen zugleich los; der Streich des B. fällt aber erst, nachdem der des A. bereits gefallen ist und den Dritten getödtet hat. Hier muß der B. nach Zachariä's Ansicht straflos bleiben, weil er an einem bereits Todten sich versucht hat. Wie vereinigt es ferner Z. mit seiner Ansicht über die untauglichen Versuchshandlungen, daß er da, wo es zweifelhaft ist, ob Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecherischen Handlung eingetreten sei, unbedenklich Versuch annimmt? Er sagt: „Ueberall, wo ein solcher Zweifel eintritt, liegt die Wirkung juristisch nicht vor, und es ist nicht einzusehen, warum es kein Versuch des Verbrechens der Tödtung seyn soll, wenn z. B. wegen Unmöglichkeit der Sektion der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg wirklich unerwiesen ist." Also dieser Kausalzusammenhang ist das eine Mal nöthig, das andre Mal nicht. Ein nicht existirender Kausalzusammenhang

1) s. Luden Abh. I. S. 195 n. 1.

2) Chop a. a. O. sucht allerdings beide Fragen zu trennen. Allein am Ende läuft doch seine Argumentation auch nur auf den eben angef. Grund von Rossi hinaus, u. auch er verwechselt das Objekt des Verbrechens als solches mit dem unmittelbaren Gegenstand der Handlung.

ist doch aber einem juristisch nicht existirenden gleich! Und auch dann, wenn Jemand einen bereits Todten zu tödten versucht, „liegt Absicht zu tödten und mörderische Behandlung vor“, wäre also ebensowohl strafbarer Versuch anzunehmen, als in dem von Z. S. 25 n. 1. angef. Fall. Wenn nun freilich im Gegentheil Z. die richtige Ansicht lächerlich zu machen sucht, weil sie darauf führe, theils den Ehemann, zu strafen, der bei seiner eigenen Frau schläft, während er eine fremde zu umarmen glaubt, theils solche zu strafen, welche einen Menschen todt beten wollen, — so ist zu erwiedern, ad 1), daß ein solcher Ehemann mit vollem Recht gestraft wird, wie auch Luden Abh. I. S. 199. Anm. ganz richtig ausgeführt. Es erscheint dieß auch in der That nur so lange befremdend, als man eben die ganz materielle Vorstellung vom Verbrechen hat, daß es einen äußeren Schaden hervorgebracht haben müsse. Hat man aber diese Vorstellung abgethan und faßt das Verbrechen in seinem Wesen auf, so wird man auch unter Ehebruch z. B. nicht dies verstehen, daß wirklich ein Ehegatte dem andern so zu sagen portionem quandam seminis entfremdet haben müßte, sondern man wird darin die Verletzung der ehlichen Treue sehen, die doch wahrlich auch in dem vorausgesetzten Fall vorhanden ist. Ebenso wird man den Diebstahl als Verletzung des Eigenthumsrechts, die Tödtung als Verletzung des Rechts auf das Leben auffassen, mithin das Verbrechen auch dann als existent annehmen, wenn Jemand dieses Recht an einem Gegenstand verletzen wollte, an dem es, ohne sein Wissen, zufällig nicht verletzt werden konnte, sobald er nur die bestimmte Absicht unverkennbar an den Tag gelegt hatte [1]. ad 2)

1) Luden Abh. I. S. 161. Anm. Bauer Abh. I. S. 389. 390.

ist zuzugeben, daß allerdings auch solche, die an sich ganz untaugliche Mittel anwenden, in so lange als Verbrecher behandelt werden müssen, als sie nicht als zurechnungsunfähig zu prädiciren sind. Die Versuche von Oersted u. A. [1]), dieser Konsequenz zu entgehen, sind gänzlich abzuweisen, und das Züricher Obergericht war mit seinem in den Anm. zum Hannövr. Entw. II. S. 133 angef. Urtheil völlig im Rechte. — Auch in dieser Frage übrigens haben die deutschen Gesetzgebungen [2]) fast durchgängig die richtige Ansicht ergriffen, und wenn die französische das Gegentheil anordnet, so hat das bei ihr dieselbe Ursache, aus welcher wahrscheinlich auch das Römische Recht seinem Principe ungetreu geworden ist. —

§. 121.

c) Endlich aber bestimmt sich das Verhältniß des Thatmoments zu dem Willensmomente näher dahin, daß in ersterem das letztere sich reflektirt und das Wesen darin ausmacht, daher das Thatmoment nur die Bedeutung der zwar an sich wesentlichen, für sich aber unselbstständigen Erscheinung hat. Darin liegt aber: 1) daß Unangemessenheit der äusseren Erscheinung eben nur eine Unvollständigkeit des äusserlich Erscheinenden seyn, keineswegs aber eine Unvollständigkeit in Beziehung auf den Begriff des Verbrechens selbst involviren darf, daß vielmehr

---

vgl. Kitka a. a. O. S. 177. wo freilich nicht die richtigen Konsequenzen gezogen sind.

1) Bauer Abh. I. S. 376. 377., während er früher das Gegentheil behauptet hatte. s. hierüber Mittermaier n. Arch. X. S. 533.

2) s. Mittermaier zu Feuerbach §. 42. n. 7. 8. besonders Hufnagel Kom. I. S. 143—147.

in der inadäquaten Erscheinung das volle Wesen einer bestimmten verbrecherischen Absicht erkennbar seyn muß, 2) daß eben deßhalb der verbrecherische Versuch erst da anfängt, wo eine solche bestimmte verbrecherische Absicht sich als solche äußerlich manifestirt hat. 3) daß die verbrecherische Erscheinung ihren Charakter als verbrecherischer Versuch wieder verliert, sobald das Wesen daraus hinwegfällt, d. h. sobald das handelnde Subjekt die verbrecherische Absicht freiwillig wieder aufgiebt (wodurch natürlich nicht ausgeschlossen wird, daß der bereits zu einer wirklichen, geringeren Rechtsverletzung gediehene Versuch als anderweitiges vollendetes Verbrechen gestraft werden kann).

Anm. 1) Im Versuch zeigt sich die Subjektivität als das Uebergreifende im Wesen des Verbrechens am prägnantesten. So wesentlich auch die objektive Seite der Handlung ist, so sehr sie in der Form des kulposen Vergehens sogar als das Ueberwiegende sich behaupten darf, so liegt es doch in der Natur des Verbrechens, als einer von der Freiheit producirten Handlung, daß alle Objectivität der Handlung ihre letzte, wesentlichste Bestimmtheit durch die darin ausgesprochene Subjektivität erhält, wie denn ja auch das Versehen seinen Charakter als Verbrechen nur durch seine Reduktion auf den Willen als wenigstens mittelbar bestimmendes Princip gewinnt. Eben jener Grundsatz aber, der in der Form des vollendeten dolosen Verbrechens als der vermittelten Einheit beider Seiten der Handlung wieder zurücktritt, stellt sich in der Form des verbrecherischen Versuchs in seiner ganzen Bedeutung hervor. Zur Totalität der Existenz des Verbrechensbegriffs gehört es allerdings, daß das volle Wesen auch vollständig in die Erscheinung getreten ist. Allein im Versuch wird es offenbar, daß dieses Wesen auch dann noch seine Macht ausübt, wenn es

sich in einer nur unangemessenen Erscheinung abspiegelt. Eben dies nun aber, daß die Subjektivität als das im Versuch erscheinende Wesen sich bestimmt, macht das Princip für die ganze Lehre vom Versuche aus, von welchem aus alle einzelnen Fragen ihre Beantwortung erhalten müssen. Dieses Princip lag schon der bisherigen Ausführung zu Grunde, indem sich erstens die formelle Absicht als das Bestimmende für den Begriff des Versuchs, zweitens die Erscheinung als das für sich Unselbständige erwies, wobei namentlich auch dies sich ergab, daß es gleichgültig sei, ob von der Erscheinung für sich schon die sog. objektive Gefährlichkeit ausgesagt werden könne oder nicht. Nachdem aber die einzelnen Momente des Begriffs sich für sich hervorgestellt haben, ist nun eben dieser Begriff in seiner Totalität näher zu betrachten und in seine Konsequenzen zu entwickeln. Dies geschieht im obigen §en. Der Versuch ist die nicht vollständig äußerlich gewordene, in sich vollkommene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen. Hierin liegt denn, daß die äussere Erscheinung beim Versuch das an sich Unselbständige ist, was seinem verbrecherischen Charakter eben nur durch das in ihm erscheinende Wesen, die verbrecherische Absicht, erhält [1]). Daraus ergeben sich aber von selbst die drei oben aufgestellten Forderungen.

a) Ein bloßer Mangel am Thatbestande [2]) ist nicht sogleich auch verbrecherischer Versuch. Zachariä I. §. 15—19 führt dies in Beziehung auf das Resultat ganz gut aus, jedoch fehlt es an der Zurückführung auf den wahren Grund. Es ist sehr richtig bemerkt,

1) Luden Abh. II. S. 201. vgl. 192. 193.

2) Vgl. Mittermaier im N. Arch. VI. S. 355. Hufnagel Kom. I. S. 124.

daß Vollendung und Summe des Thatbestands nicht identificirt und so als Gegensatz dem Versuche entgegengestellt werden dürfen, da sonst als verbrecherische Versuche auch solche Fälle gelten müßten, in welchen der Handelnde es gar nicht auf die Realisirung des Verbrechens in seinem bestimmten vollen Begriffe abgesehen hatte. Allein der Ausweg, den nun der Verf. nimmt, hat etwas Schiefes, sofern er in Wahrheit nur auf diejenige Art des Versuches paßt, welche durch die Unterbrechung der Handlung in ihrem successiven Verlaufe entsteht, obgleich im §. 17 wiederum ganz richtig der Versuchsbegriff auch auf diejenigen Fälle angewandt wird, wo a) entweder die Wirkung deshalb nicht eingetreten ist, weil sie mit dem angewendeten Mittel oder an dem zu verletzenden Gegenstande nicht hervorgebracht werden konnte, oder b) wo es zweifelhaft ist, ob die Wirkung überhaupt oder als Folge der verbrecherischen Handlung eigetreten sei. (Hinterher will freilich der Verf. ad a) keinen strafbaren Versuch angenommen wissen [1]), während er ad b) keinen Zweifel darüber hat). Z. will nämlich, daß statt Vollendung lieber Beendigung des Verbrechens gesagt werde, d. h. er legt alles Gewicht auf den zeitlichen Verlauf (Endpunkt). Eben damit ist aber keineswegs das Richtige getroffen. Denn einerseits ist damit nur für die eine Art der Versuchs-Handlungen Vorsorge getroffen, andrerseits ist auch für diese nicht der schlagende Grund angegeben. Der Unterschied des Versuchs vom Mangel im Thatbestand ist nicht in der Sphäre der äußeren Erscheinung, sondern in der Subjektivität zu suchen. Er liegt einfach darin, daß zum Versuch die volle Absicht, d. h. die den gesammten Thatbestand des Verbrechens umfassende

1) s. übrigens auch Zachariä II. S. 28. n. 1.

Absicht gehört, während ein bloßer, nicht als Versuch zu behandelnder Mangel am Thatbestande dann vorliegt, wenn die Absicht nicht den vollen Begriff des Verbrechens in sich schloß (in welchem Falle dann entweder gar kein Verbrechen, oder wenigstens ein anderes existirt [1]).

b) Ebenso folgt aus demselben Principe die Beantwortung der Frage nach dem Anfangspunkte des strafbaren Versuchs. Was das positive Recht betrifft, so ist bekannt, daß das römische Recht [2]) auch bloße sog. Vorbereitungshandlungen mit Strafe bedrohte; und der neuerdings erhobene Streit betrifft nur die Frage, ob darin ein allgemeiner Grundsatz anzuerkennen sei, oder nicht. Der Streit scheint übrigens ziemlich unfruchtbar, da nach dem sporadischen Zustand der Quellen sich wohl nie ein absolut entscheidender Grund für die eine oder die andre Meinung wird hervorstellen lassen. Indessen ist nicht wohl zu begreifen, was sich diejenigen, welche hier und anderswo im römischen Strafrechte keine Regel und kein Princip anerkennen, als den Geist dieses Rechts vorstellen mögen. Weiter, als das römische, geht das kanonische Recht, dessen Tendenz dahin geht, selbst die böse cogitatio für strafbar zu erklären [3]); diese Tendenz konnte freilich nirgends praktisch sich geltend machen, wo die Kirche über das innere forum hinausging und bürgerliche Strafbestimmungen gab; um so gewisser aber

---

1) Kleinschrod System. Entw. I. §. 33. 34. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 97.

2) A. M. ist Luden. s. jedoch Zachariä II. S. 5. 6. Anm. 2. vgl. Wächter I. §. 85. n. 67. 19. Gropp S. I. S. 51—66. S. II. Welcker Letzte Gründe, S. 555. Lelièvre a. a. O. S. 107. ff. Simoni dei deletti I. S. 27—72.

3) s. das Zeugniß des Gandinus bei Luden Abh. I. S. 404. rc.

mußte die Kirche den Standpunkt des römischen Strafrechts auch zu dem ihrigen machen. Dieser Ansicht leistete auch keineswegs, wie es oft dargestellt wird, der sogen. objektive Geist des germanischen Rechts Widerstand. Im Gegentheil finden wir ja schon in frühen germanischen Rechtsquellen den Versuch, und zwar schon den entfernten, sogar schon als Versuch, d. h. nach Maßgabe des vollendeten Verbrechens beachtet und mit Strafe bedroht [1]). Und eben zu dieser höheren Ausbildung wurde im Laufe der Zeit das gesammte germanische Recht durch den Einfluß der Kirche erzogen. Nur den römischen Grundsatz, daß der Versuch eben so harte Strafe verdiene, als die Vollendung, hat im germanischen Recht von jeher eine generalis consuetudo abgewiesen. Dagegen zweifeln auch die Schriftsteller und Praktiker am Ende des Mittelalters, die an der Vermittlung des klassischkirchlichen Rechts mit germanischen Rechtsansichten arbeiteten, keineswegs daran, daß schon der entfernte Versuch strafbar sei, da sie vielmehr nur die Regel der gleichen Strafbarkeit des Versuchs mit der Vollendung, an welche sie durch das römische Recht sich gebunden glaubten, auf den Fall des conatus proximus beschränkten. Zachariä I. §. 118. 119. scheint dies zwar, zum Theil in offenem Widerspruch gegen die in den Noten angef. Stellen, nicht zugeben zu wollen; aber nach seiner genaueren Ausführung, II. §. 154—157 kann es keinen Zweifel leiden. Und, wenn es allerdings Schriftsteller gab, welche zum conatus remotus schon sehr weit vorgeschrittene Versuchungshandlungen rechneten, so gab es auch solche, die umgekehrt schon das cum telo ambulare als conatus proximus aufführen (Angelus Are-

---

1) Wilda Strafrecht der Germanen. S. 599—608.

tinus). Ebensowenig kann geläugnet werden, daß die deutsche Doktrin, welche sich auf der Grundlage der Karolina ausbildete, die Strafbarkeit auch entfernter Versuchshandlungen nie bezweifelt hat [1]). — Erst Mittermaier [2]) hat neuerdings die Behauptung verfochten, daß solche Akte noch nicht für bürgerlich strafbar angesehen werden dürfen, und es ist ihm hierin, ausser Bauer, namentlich Zachariä in ausfürlicher Erörterung nachgefolgt (I. §. 105—114). Die Beweisführung ist folgende: die Sicherung des Rechtszustands erheische auch dann Strafe, wenn nur mit der Gesetzesübertretung begonnen sei, niemals aber früher; denn Gegenstand des bürgerlichen Strafrechts seien nur äussere, und zwar nur objektiv gefährliche (äusserlich erkennbar gesetzwidrige) Handlungen. Dahin gehöre aber immer erst die begonnene Haupthandlung. Wer dagegen schon Vorbereitungshandlungen strafen wolle, der komme konsequent auf die Bestrafung des bloßen Entschlusses. Solche, an und für sich unschuldige Handlungen können nie den Beweis liefern, daß der Handelnde den festen Willen gehabt habe, die Ausführung auch wirklich zu beginnen. Auch seien derlei Handlungen der Zeit nach von der Ausfüh-

1) Zachariä a. a. O. II. §. 158—162.

2) N. Arch. I. S. 168 169. II. S. 604 ff. IV. S. 20 ff. X. S. 549. vgl. die bei ihm citt. Schriften von Bauer, Brouwer, Lelièvre, Wintgens, Mittermaier not. 6. zu Feuerbach §. 42; bes. Kitka a. a. O. S. 180 ff. Rossi II. S. 268. Carmignani III. S. 311. Hellie II. S. 13. Dagegen bes. Oersted Abh. II. S. 150 ff. Roßhirt zwei krim. Abh. S. 129. Pfotenhauer über den Einfluß des Irrthums S. 46. In Beziehung auf das östreichische Gb. s. gegen Kitka die Ausführung von Jenull I. S. 128—133. 271—276 u. Kitka's eigene Ausführung über die „Bemüh = Bestreb = Anmaßung“ der Theres. GO. Art. 13. §. 2. u. das Josephin. Strafgb. I. §. 9.

rung entfernt; der Verbrecher müsse sich erst noch in den, eine wirkliche Uebertretung des Gesetzes enthaltenden, Zustand versetzen, sein Wille könne sich noch ändern. — Allein eben der Hauptgrund, daß eine Handlung, unt bürgerlich strafbar zu seyn, objektiv gefährlich seyn müsse, wurde schon oben als gänzlich verwerflich und vielmehr zur gänzlichen Negation alles strafbaren Versuchs führend aufgezeigt. Dazu kommt aber noch, daß hier mit der äussersten Willkühr behauptet wird, erst die begonnene Haupthandlung sei objektiv gefährlich, habe eine äusserlich erkennbare gesetzwidrige Beschaffenheit. Zwar lassen sich nicht alle vorläufigen Anstalten, welche Zachariä §. 106 zusammenstellt, wirklich unter den Begriff verbrecherischer Vorbereitungshandlungen, subsumiren; aber ganz gewiß ist dieß doch der Fall theils mit solchen Handlungen, „welche in der Anschaffung und Zubereitung der zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Kräfte, Mittel und Werkzeuge bestehen, theils mit solchen, welche vorgenommen werden, um sich in den zur Verübung des Verbrechens unmittelbar erforderlichen physischen Zustand zu versetzen." Von solchen Handlungen kann ganz mit demselben Rechte, wie von den schon weiter vorgeschrittenen, gesagt werden, daß sie objektiv gefährlich seien und eine Uebertretretung des Gesetzes enthalten. Man muß nur allgemeine verbrecherische Projekte, vorläufige Anstalten zu noch unbestimmten Zwecken wohl unterscheiden von den vorbereitenden Handlungen behufs der Ausführung eines bestimmten verbrecherischen Plans [1]). Nur von jenen kann

1) Feine, aber etwas allzufeine Bemerkungen s. bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 276—298, wo insbesondere die wiederholt behauptete Uebereinstimmung mit Luden auffällt. s. besonders Jenull östr. Krim. Recht 1. S. 273. Anm.

— wiewohl immer noch unschicklich — der Ausdruck: unschuldig gebraucht und gesagt werden, sie liefern für sich noch nicht den Beweis des festen Willens, ein bestimmtes Verbrechen auch wirklich auszuführen, wozu immer noch ein besondrer Entschluß erforderlich sei; keineswegs aber von den letzteren. Denn eine Handlung, die im Dienste einer bestimmten verbrecherischen Absicht unternommen wird, tritt eben damit aus der Reihe der indifferenten Handlungen heraus; eine solche ist nie mehr unschuldig. Die Behauptung aber, daß es nach der Anschaffung der Mittel noch eines besondern Entschlusses zur Ausführung bedürfe, ist durchaus willkürlich: es bedarf nur einer Festhaltung des ersten Entschlusses, der schon der Anschaffung der Mittel vorherging; und eben dieß ist auch in dem Stadium von dem Anfang der Ausführung der Haupthandlungen bis zu deren Vollendung noch der Fall, oder man könnte wieder mit demselben Rechte sagen, auch hier bedürfe es noch einer Reihe neuer, besondrer Entschlüsse. Ganz ebenso verhält es sich mit der Behauptung, daß die Vorbereitungshandlungen der Zeit nach von der Ausführung entfernt seien, daß der Handelnde seinen Willen noch ändern könne. Ersteres ist, wie sich von selbst versteht, ganz indifferent; letztres aber kann wiederum mit demselben Rechte von allen Versuchshandlungen bis zur Vollendung des Verbrechens hin gesagt werden. In der That ist es auch ganz vergebliche Mühe, nach einem Grunde suchen zu wollen, vermöge dessen erst mit dem Beginn der Haupthandlung die Strafbarkeit des Versuchs beginnen sollte. Daß schon die Vorbereitungshandlungen zu einem bestimmten Verbrechen Versuch seien, wird von den Gegnern selbst eingeräumt. Ist dem aber so, so ist von hier an der Fortschritt bis zur Vollendung ein bloß quantitativer; es

können daher zwar verschiedene Grade oder Stufen von da an gedacht werden; aber woher soll ein qualitativer Unterschied von der Stärke kommen, daß er das Mehr dem Gebiete der Strafbarkeit, das Minder dem Gebiete der Straflosigkeit zuwiese? Aus dem Begriffe des Versuchs selbst nicht, wie die Gegner zugeben, — eben deshalb fallen denn die so eben angef. Behauptungen, daß nach der Anschaffung der Mittel ein neuer Entschluß vonnöthen sei, daß der Handelnde seinen Willen noch ändern könne rc., von selbst dahin. Es bleibt daher nichts übrig, als einen solchen Grund von aussen herbeizuziehen, und hier muß denn eben die zweideutige Bequemlichkeit einer synkretistischen Theorie (der „bürlichen" Gerechtigkeits-Theorie, d. h. einer relativen absoluten Theorie) wiederum ihre Dienste thun. Es reducirt sich Alles wieder auf den Satz, daß eine Handlung, um strafbar zu seyn, für sich selbst objektiv gefährlich seyn, in sich selbst die erkennbare Uebertretung eines Gesetzes enthalten müsse. Abgesehen von dem bereits oben hiegegen Ausgeführten, mag hier nur auf dies aufmerksam gemacht werden: Nimmt man einmal die Handlung, mit Abstraktion von der Subjektivität, als objektive Erscheinung für sich, so kann überall nur von der vollendeten Handlung gesagt werden, daß sie die gesetzwidrige Beschaffenheit habe; es müssen dann dieser vollendeten Handlung gegenüber alle bloßen Versuchshandlungen, die näheren wie die entfernten, als — in Beziehung auf den Begriff des bestimmten Verbrechens — indifferente, unschuldige Akte prädicirt werden, wie denn auch das germanische Recht auf dem Standpunkte seiner Kindheit, wie er sich noch in einigen der ältesten Rechtsquellen zeigt, allerdings diese Konsequenz gezogen hat. Sagt man sich dagegen von jenem Standpunkt

los, d. h. nimmt man die äussere Handlung nur als die Erscheinung des in ihr hervortretenden subjektiven Wesens, so hat man nun allerdings überhaupt erst das Recht, von einem verbrecherischen Versuche zu reden, aber man hat nicht auch das Recht, den Anfang dieses verbrecherischen Versuchs willkührlich erst mit dem Beginne der Haupthandlung zu setzen. Denn wenn jener Begriff überhaupt Realität hat, so muß jede in äusserer Handlung sich manifestirende Ankündigung der verbrecherischen Absicht darunter fallen, da keine solche Handlung mehr indifferent oder unschuldig, sondern eben durch ihren subjektiven Inhalt bereits objektiv gesetzwidrig ist [1]). Unter solche Akte ist allerdings die bloße Drohung mit Begehung eines Verbrechens nicht zu rechnen, da in dieser lediglich der Entschluß geäussert, keineswegs aber ein Anfang mit der thatsächlichen Hervorbringung des Verbrechens gemacht wird. Ebensowenig sind dahin vorläufige Anstalten zu zählen, die erst zur Bildung einer bestimmten verbrecherischen Absicht führen sollen, z. B. Handlungen, „wodurch sich der Thäter von der Möglichkeit und Sicherheit der Ausführung zu vergewissern oder eine passende Gelegenheit zur Verübung zu erhalten sucht.“ Eben deshalb ist es auch ganz irrig, wenn Zachariä meint, wer die Strafbarkeit des entfernten Versuchs behaupte, der müsse auch solcherlei Dinge strafbar finden. Vielmehr setzt der Begriff des Versuchs an sich schon die bestimmte Absicht eines bestimmten Verbrechens voraus, und beginnt dann, wenn mit der Hervorbringung dieses bestimmten Verbrechens irgendwie thatsächlich der Anfang gemacht wird,

---

1) S. auch Luden Abh. I. S. 282—285, der dies gegen Mittermaier ausführt, aber freilich seiner eigenen Ausführung wieder untreu wird.

namentlich also mit solchen Akten, welche in der Anschaffung und Zubereitung der hiezu nothwendigen Mittel, Kräfte und Werkzeuge bestehen[1]. Hat man dies wohl im Auge, so fällt auch das vermeintliche politische Bedenken weg, daß die gleichgiltigsten und unschuldigsten Handlungen zur Verhängung eines Kriminalprocesses genügen würden. — So wenig, als in der Begründung seiner Ansicht, ist übrigens Zachariä in der Abweisung der dagegen erhobenen Einwendungen glücklich. Denn, was die erste betrifft, daß es für den rechtlichen Zustand gefährlich sei, Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen anzunehmen[2], so liegt ja diese in der Konsequenz von Zachariä's eigenen Principien. Seine bloße Versicherung, daß in der Vorbereitung einer verbotenen Handlung noch keine Uebertretung des Gesetzes liege, kann den Widerspruch so wenig zudecken, als die fernere, neuen Widerspruch mit seinen Grundprincipien involvirende, Behauptung, daß die Gefährlichkeit der Handlung noch kein Strafrecht begründe, sondern erst ein mit der Handlung selbst ihrer äusseren Beschaffenheit nach begonnener Eingriff in den rechtlichen Zustand. Denn eigentlich wird doch hier die Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen zugegeben, welche an andern Orten für das Kriterium der bürgerlichen Strafbarkeit ausgegeben wird; gleichwohl soll dies Kriterium hier wieder nicht genügen. Solche Inkonsequenz ist aber freilich wohl begreiflich, wenn man bedenkt, daß nach den Prämissen Zachariäs über die objektive Beschaffenheit der Handlung konsequenter Weise überall kein bloßer Versuch für strafbar dürfte

1) Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht schwanken übrigens selbst bedeutend über die Grenze im bestimmten Fall, wie eine Vergleichung Zachariäs mit Mittermaier, Kitka u. A. zeigt.
2) Derselbe Prüfung des bair. Entwurfs. S. 153, 154. (Abh. Bd. II.)

gehalten werden, mithin jede innerhalb des Versuchsgebiets selbst gesteckte Grenze nothwendig willkührlich und haltlos seyn muß. Zu dieser Willkühr nöthigt aber eben wieder die synkretistische Zweideutigkeit des Grundprincips, welche die Gefährlichkeit der Handlung zum Hauptmoment stempelt, und hier offenbar die Gefährlichkeit nicht in dem beschränkten Sinne von objektiver Gefährlichkeit (der in der That auch kein Sinn ist), sondern in dem gut Feuerbachischen Sinne nimmt. Gerade diesem Sinne aber ist es durchaus gemäß, die Grenzen zwischen Sicherungsrecht und Strafrecht zu verwischen; wenn mithin aus dieser Verwischung Zachariä den Gegnern einen Vorwurf macht, so trifft er mit diesem Vorwurfe sich selbst, so sehr er auch in der Sache selbst Recht hat; denn — allerdings, die Gefährlichkeit der Vorbereitungshandlungen ist nicht der Rechtsgrund ihrer Bestrafung, sondern lediglich ihre verbrecherische Natur. — Die zweite, von Zachariä bekämpfte Einwendung besteht in der praktischen Unbrauchbarkeit seiner Unterscheidung. Hier hat er nun zwar allerdings Recht, wenn er den Vorwurf den Gegnern zurückgiebt, indem er nachweist, daß sie ja doch denselben Unterschied auch bedürfen, um die Grenze zwischen entferntem und nahem Versuche zu bezeichnen. Um so gewisser offenbart sich aber die Haltungslosigkeit seiner Ansicht darin, daß er selbst gleichwohl bei einer Reihe von Verbrechen nun doch die Vorbereitungshandlungen ausnahmsweise mit Strafe bedroht haben will. Und, wenn er zur Rechtfertigung hievon sagt: es sei wohl zu beachten, daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungshandlungen aufgefaßt worden seien, doch wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Verbrechens den Charakter von Handlungen der Ausführung erhalten können, so ist dies wohl offenbar nur wieder

eine höchst willkührliche, überdies in sich selbst unklare Versicherung. Auch kann immer zum Vortheil der Gegner noch angeführt werden, worauf Z. selbst S. 215 n. 2 in Beziehung auf das französische Recht aufmerksam macht, daß ein schwankender Unterschied weit gefährlicher ist, wenn er die Grenze absoluter, als wenn er bloß eine Grenze relativer Strafbarkeit bezeichnen soll. — Wenn sich übrigens Zachariä wiederholt auch auf die Anerkennung seiner Ansicht in der neuen wirtembergischen Strafgesetzgebung beruft, so ist hierüber nur zu bemerken [1]), daß eben die gesetzgebenden Faktoren in Wirtemberg vornämlich nur aus politischen Gründen sich zur Annahme der Mittermaier'schen Ansicht bequemten, während nicht nur wiederholt die theoretische Ueberzeugung von der Strafbarkeit des entfernten Versuchs ausgesprochen, sondern auch überdies die Regel von der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen sogar praktisch wieder durch eine sehr ansehnliche Reihe von Ausnahmen beschränkt wurde.

c) Daß ein Versuch, von welchem der Thäter freiwillig wieder abstand, straflos sei, (— d. h. als Versuch des beabsichtigten Verbrechens, während in dem etwa bereits Hervorgebrachten allerdings ein strafbares vollendetes anderweitiges Delikt liegen kann), — das haben schon die italienischen Praktiker unbedenklich aus dem römischen Rechte mit Beweisen belegen zu können geglaubt [2]). Ob dies freilich mit Recht geschehen sei, ist neuerdings bestritten worden [3]), jedoch auf eine Weise,

1) Hufnagel Komm. I. S. 126. S. auch Mittermaier n. 6 zu Feuerbach §. 42.

2) Zachariä II. §. 274, 275.

3) Ders. a. a. O. §. 269—273. Und Luden Abh. I. S. 271—279. Dagegen Jordan l. c. p. 30. Mittermaier N. Arch. X. S. 546. und Hiddema a Jongsma ib. etc.

die nicht überzeugen kann. Namentlich hängt die Beweisführung von Luden auf's Engste mit andern höchst willkührlichen Behauptungen desselben zusammen, welchen Zachariä seinerseits entschieden entgegentritt, wie namentlich mit der, daß das römische Recht überall nur den nächsten Versuch als strafbar anerkannt habe; (ferner mit seiner Behauptung, daß nach römischer Ansicht der dolus überall nur ex re habe bewiesen werden können ꝛc.) Beide müssen aber freilich schon zu Folge ihrer Grundansicht über die Behandlung des Versuchs im römischen Rechte die Bestreitung jenes allgemein angenommenen Satzes versuchen, sofern nach gedachter Ansicht das römische Recht die materiellen Versuchshandlungen, welche es hervorhebt, formell als vollendete Verbrechen behandelt. Denn unter dieser Voraussetzung müßte jener Grundsatz auch für materiell vollendete verbrecherische Handlungen gegolten, d. h. das römische Recht müßte in der Reue einen allgemeinen Grund der Straflosigkeit gesehen haben. Allein eben das ist bedenklich, daß dem römischen Rechte überall ein so hoher Grad von Princip- und Systemlosigkeit zugetraut werden soll. Sieht man im Gegentheil in den vom römischen Rechte mit Strafe bedrohten Versuchshandlungen nur konkrete Anwendungen des Grundsatzes, daß bei den öffentlichen Verbrechen der Versuch der Vollendung gleich zu strafen sei [1]), so stimmt es damit immer noch wohl zusammen, daß man einen freiwillig aufgegebenen Versuch für straflos halten konnte. Denn, wenn es allerdings Princip war, daß der absolute Grund der Strafbarkeit der irgendwie thatsächlich manifestirte dolus sei, so hieng es damit wohl zusammen, daß

1) S. auch Mittermaier (gegen Lelièvre und Sanio) N. Arch. X. S. 546.

die rückwärts geschehene Annullation dieses dolus als ein Strafaufhebungsgrund angesehen wurde. In dieser Beziehung mußte man dann allerdings den Versuch im Unterschiede von der Vollendung denken, während man diesen Unterschied hinsichtlich der Strafbarkeit des nicht wieder zurückgenommenen dolus praktisch nicht zur Geltung brachte. Allein dies hat nichts Verwunderliches, wie denn auch das französische Recht unsrer Tage ganz dieselben Grundsätze [1]) befolgt. Ist es aber schon von allgemeinerem Standpunkt wahrscheinlicher, daß die bisher allgemeine Ansicht über das römische Recht die richtige sei, so ist die durchweg gekünstelte Beweisführung aus einzelnen Stellen [2]), wie sie von den Gegnern versucht wird, gewiß nicht geeignet, ihrem Einspruch Gewicht zu geben. Gerade der Grundsatz, von welchem es sich hier handelt, ist einer von denen, welche sich im deutschen Rechte nur mit Hilfe des fremden Rechts entwickeln konnten, weil er, dem objektiven germanischen Gesichtspunkte entgegengesetzt, die konsequente Durchführung des Princips der Subjektivität voraussetzt, wie sie eben im römischen Rechte vorlag und aus ihm durch das kanonische Recht und die italienische Jurisprudenz auf den empfänglichen Boden des deutschen Rechts herübergetragen wurde. In der That sehen wir denn auch von Zachariä und Luden selbst den Beweis dafür geliefert, daß die italienische Jurisprudenz, welche von der Glosse an die Anerkennung des fraglichen Grundsatzes durch das römische Recht nicht bezweifelt hatte, die Autorität für die Aufnahme desselben in die Karolina gewesen sei. — Eben weil nun die

1) Hellie II. S. 16.

2) Dabei werden von Zachariä namentlich Argumente verworfen, die er bei Gelegenheit der P. G. O. selbst gebraucht. II. §. 277.

Karolina in diesem Punkte sich auf ganz unzweifelhafte Weise ausspricht, so ist die Giltigkeit des Grundsatzes auch seitdem von der deutschen Doktrin fast allgemein behauptet worden [1]; und auch die Dissentienten haben das Zurücknehmen der Absicht wenigstens als Strafmilderungsgrund passiren lassen [2]. — Dagegen läßt sich nicht sagen, daß auch der wahre Grund jenes Satzes von der deutschen Doktrin allgemein anerkannt worden sei, da vielmehr in der Regel nur aus kriminalpolitischen Rücksichten [3]) abgeleitet wird, was aus Rechtsgründen gerechtfertigt werden sollte. Der rechtliche Grund ist aber derselbe, aus welchem auch die Konsequenzen a und b abgeleitet worden sind; und bei dieser Frage wenigstens hat nun auch bei Zachariä II. §. 255, 256, dieser Grund seine vollständige Anerkennung gefunden. Ganz mit Recht sagt er nämlich: „Gehen wir davon aus, daß zur Strafbarkeit des Versuches theils eine äussere Thätigkeit, theils, und hauptsächlich, der auf Uebertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich ist, so muß nothwendig die Strafbarkeit getilgt werden, sobald das eine oder andre dieser Requisite rückwärts annullirt wird. Hinsichtlich der äusseren Thätigkeit ist dies nun freilich unmöglich; was einmal geschehen ist, kann nicht ungeschehen gemacht werden; und ebenso kann da, wo

---

1) Zachariä II. §. 279—282. Wächter I. §. 86 n. 70. Mittermaier n. 5 zu Feuerbach §. 42.

2) Grolman §. 169. Tittmann Handbuch I. §. 98. Oersted Grundregeln S. 159 ff.

3) Bauer Abh. I. S. 355—364. Jenull I. S. 134. Kitka a. a. O. S. 192—194. Vgl. mit Mittermaier N. Arch. I. S. 199, 200, der hier eben aus demselben falschen Grunde argumentirt, aus welchem er die untauglichen Versuchshandlungen für straflos erklärt.

der Wille des Menschen das Ziel erreichte, welches der Zweck seiner Thätigkeit war oder dafür angesehen werden muß, und eine durch den Willen und die daraus hervorgegangene äussere Thätigkeit oder deren Folgen als ein in sich abgeschlossenes und vollendetes Ganzes erscheinende Handlung vorliegt, von einer Annullation des Willens keine Rede seyn. Anders ist es dagegen, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen bleibt, und den seine bisherigen Schritte leitenden Willen ändert oder aufgiebt; hier wird der vorhanden gewesene Wille rückwärts bedeutungslos [1])". Nur freilich verliert diese Argumentation an ihrem Gewicht am Ende einer Ausführung, die bei allen andern Hauptfragen dem objektiven Momente beim Versuch eine ungebührlich überwiegende Stellung giebt und erst hier die Wahrheit offen bekennt, daß das Wesen des strafbaren Versuchs hauptsächlich durch den darin hervortretenden bösen Willen bestimmt werde. Eben deshalb sucht denn Z., freilich ohne Noth, noch andre Unterstützungsgründe für das bereits Bewiesene, z. B. daß der freiwillig vom Versuch wieder Abstehende keinen festen und beharrlichen Willen zeige, — was sonderbar lautet, wenn vorher gesagt ist, daß derselbe seinen vorhanden gewesenen Willen durch die Zurücknahme rückwärts annullire, ferner daß kriminalpolitische Rücksichten dafür sprechen, — die denn, wie

1) Mit Unrecht findet hier Bauer a. a. O. eine petitio principii. Er sagt: Geschehenes könne nicht ungeschehen gemacht werden, was auf eine scharfsinnige Weise Chop a. a. O. S. 533. 534 gegen ihn aufgreift. Daß übrigens Chop irre, wenn er meint, die Vertheidigung der Strafbarkeit untauglicher Versuchsakte beruhe auf gänzlicher Abstraktion von der objektiven Seite, daß daher seine eben gedachte Argumentation unsre Ausführung nicht trifft, wurde schon oben gezeigt.

dies mit allen Zweckmäßigkeitsgründen der Fall ist, von andern Seiten wieder in Zweifel gezogen werden. — Es genügt aber ganz und gar an dem Einen Grunde, daß das Wesen in dem Versuche die böse Absicht ausmacht, daher die äussere Erscheinung aufhört, auf jenes Wesen hinzuzeigen, sobald dasselbe daraus hinweggezogen wird. Eben daraus ergiebt sich auch, warum nur das freiwillige Abstehen vom Versuche die verbrecherische Qualität aufhebt, nicht aber auch die Reue nach bereits vollendetem Verbrechen, z. B. freiwillige Zurückgabe der gestohlenen Sache [1]). Nur im Versuche hat nämlich die objektive Seite der Handlung diese untergeordnete und unselbständige Bedeutung der bloßen, für sich nichts bedeutenden, nur durch das in ihr hervortretende Wesen bestimmten Erscheinung, während im Begriffe der vollendeten Handlung die objektive Seite wieder zu ihrem Rechte selbständiger Bedeutung kommt, welches durch das bloße Belieben des Subjekts nicht alterirt werden kann. Solang das Subjekt bloß auf dem Wege und in der Arbeit ist, sich in die Objektivität hineinzulegen, ist diese das schlechthin Bestimmbare; die Handlung erhält ihre verbrecherische Bedeutung allein durch den Willen, der in ihr erscheint. Sobald dagegen die Subjektivität sich vollständig in die Objektivität gelegt, an diese hingegeben hat, so hat diese nun auch das Recht, als das von ihr Bestimmte zu gelten, es mag nun den Thäter reuen oder nicht. Eben deshalb wird durch die Zurücknahme der Absicht auch nur die verbrecherische Qualität der Handlung insoweit aufgehoben, als sie den Versuch des beabsichtigten Verbre-

---

1) Oersted glaubt, Letzteres müsse aus Ersterem abgeleitet werden und verwirft deshalb die Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs.

chens darstellen würde, während sie eine solche allerdings als vollbrachtes geringeres Delikt behalten kann. Jene Aufhebung ist aber deshalb nothwendig, weil das Verbrecherische im Versuch nicht die äussere Handlung, sondern lediglich die darin kundgegebene Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu realisiren, ausmacht, eben diese Absicht aber im Vorausgesetzten Falle hinwegfällt. Auch dies erkennt Zachariä an, indem er (gegen Kleinschrod) treffend sagt: „Der Versuch erscheint ja offenbar nur in Beziehung auf die Vollendung oder nur deshalb als strafbar, weil er nach der Absicht des Thäters die Vollendung im Gefolge haben sollte, so daß also dieser Grund für die Strafbarkeit ganz wegfällt, sobald der Thäter diese Absicht aufgiebt und noch nichts gethan hat, was als eine Uebertretung des Gesetzes für sich betrachtet werden könnte." Mit Recht entscheidet sich derselbe daher auch dafür [1]), daß auf das Motiv für die unterlassene Vollendung nichts ankommen könne, vorausgesetzt, daß nur die Absicht als wirklich aufgegeben, — nicht etwa als bloß aufgeschoben erscheine, was allerdings eine schwierige Beweisfrage im einzelnen Falle seyn kann [2]). a. a. O. II. §. 261. 262. Dagegen kann ihm, — wofür aber der volle Beweis erst unten zu liefern ist, — nicht beigepflichtet werden, wenn er sich gegen die Beschränkung des fraglichen Grundsatzes auf den nichtbeendigten Versuch erklärt, weil es inkonsequent sei, wenn man einerseits das delictum perfectum vom vollendeten Verbrechen unterscheide und noch zum Ver-

1) s. auch Bauer Abh. I. S. 358.

2) Anders entscheidet nach östreichischem Rechte Kitka a. a. O. S. 199—202. vergl. v. Scari ebend. 1835. I. S. 384—418. besonders S. 393 ff.

suche rechne, andrerseits aber von ihm einen Grundsatz nicht gelten lassen wolle, der eben aus der Natur des Versuchs folge. Nur auf Einen Punkt möge vorläufig aufmerksam gemacht werden. Zachariä [1]) fügt sogleich bei, daß „die Reue des Thäters dann nichts fruchten könne, wenn der beendigte Versuch schon die wirkliche und hinreichende Ursache des bezweckten Erfolgs enthalte, möge dann auch der Thäter vor dem wirklichen Eintritte desselben seinen Willen geändert und Alles Mögliche zur Abwendung des Erfolgs gethan haben [2])". Wenn er nun ferner sagt: es könne hier noch kommen, daß zwei, moralisch gleich strafbare, Thäter juristisch ganz verschieden zu behandeln seien, man könne aber einmal dem Einflusse des Zufalls im Gebiete des Strafrechts überall nicht entgehen, — so scheint diese Bemerkung nicht gegründet zu seyn. Denn offenbar zeigt doch ein Verbrecher, der nur soweit geht, daß es ihm noch möglich bleibt, den Erfolg abzuwenden, auch vor dem moralischen Forum eine geringere Energie des Bösen als ein Andrer, der diese Möglichkeit aus der Hand giebt und sein Gewissen mit der nachhinkenden, unfruchtbaren Reue abfindet. Es ist nämlich nicht bloß der Zufall, von dem hier der Unterschied abhängt, sondern die innere Natur der Handlung, nach welcher sich die Möglichkeit für den Thäter bestimmt, auch nachdem er alle seinerseits zur Vollendung nothwendige Thätigkeit geleistet hat, gleichwohl die wirkliche Vollendung noch abzuwenden. Ist die Handlung nun der Art, daß sie diese Möglichkeit nicht zuläßt, so schneidet sich der Thäter, der zum beendigten Versuche vordringt, die Möglich-

1) Bauer Anm. zum Hannövr. Entwurf. I. S. 381.
2) Vgl. Luden Abh. I. S. 520.

keit des freiwilligen Abstehens selbst ab, und giebt sich wohlwissentlich dem Naturgesetze hin. Begeht aber ein Andrer eine Handlung, welche ihrer Natur nach jene Möglichkeit noch offen läßt, so ist er auch moralisch weniger zu verdammen, weil er eben seine Freiheit noch nicht rücksichtlos preisgegeben hat. Genauer betrachtet, müßte man also, wenn man überhaupt von dem vorausgesetzten Begriff des beendigten Versuchs ausgeht, sagen: der Letztere habe erst dann einen beendigten Versuch begangen, wenn er zu der seinerseits zur Vollendung positiv erforderlichen Thätigkeit auch noch weiter die negative gefügt habe, jener Möglichkeit der Abwendung des Erfolgs nicht Statt zu geben. Erst dann steht er dem ersteren, sowie demjenigen gleich, der ein sog. formelles (d. h. nach der gewöhnlichen Ansicht einen beendigten Versuch überall nicht zulassendes) Verbrechen begeht. In Beziehung auf die letztgenannten Verbrechen ist zwar schon gefordert worden, daß hier die thätige Reue (namentlich Abwendung des durch eine Fälschung beabsichtigten Schadens) noch nach der Vollendung des Verbrechens als Grund der Straflosigkeit behandelt werden solle[1]), und Zachariä billigt diese Forderung wenigstens relativ. Allein diese Forderung, wie manche verwandte, zeigt nur, daß die, welche sie stellen, über die innere Natur der verschiedenen Verbrechen, wornach sich ihre Vollendung bestimmt (s. unten), keine klaren Begriffe haben. Was z. B. eben die Fälschung betrifft, so hat diese ihre wesentliche Natur keineswegs in der etwa mittelbar dadurch beabsichtigten Vermögensbeschädigung; es ist daher keineswegs eine bloße Willkühr, wenn das positive Recht dieselbe mit der Anwendung der falschen

---

1) Jahrb. von Gönner und Schmidtlein. I. S. 288. ff.

Sache für konsummirt annimmt. Vielmehr ist der wesentliche Charakter jenes Verbrechens die stets (auch bei der sog. Privatfälschung vorhandene) gemeingefährliche Verletzung der fides publica. Wo nun diese vollbracht ist, da versteht es sich von selbst, daß es dem Thäter nicht mehr zu Statten kommen kann, wenn er den etwa damit bezweckten Schaden noch abwendet. Er wird dann allerdings von einem mit der Fälschung konkurrirenden Betrugsversuche freigesprochen werden müssen: aber die Thatsache der vollendeten Verletzung der fides publica kann dadurch begreiflicher Weise nicht alterirt werden. — Wie Zachariä selbst anerkennt, findet nun also auch bei dem materiellen Verbrechen jenes straflose Zurücktreten nie mehr statt, sobald es dem Thäter nicht mehr möglich ist, den Eintritt des in der Natur seiner Handlung liegenden Erfolgs aufzuhalten. Dies ist ganz richtig. Eben deshalb muß man aber auch entweder den Begriff des beendigten Versuchs so fassen, daß er auch das negative Moment enthält: daß der Thäter die etwa noch vorhandene Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, nicht benützt habe. Erst dann kann man ja mit Recht sagen, daß er alles seinerseits Erforderliche gethan habe, um das Verbrechen zur Vollendung zu bringen. Hiernach ist es aber klar, daß, so oft die gedachte Möglichkeit noch vorhanden gewesen und wirklich benützt worden ist, der Versuch nicht als ein beendigter, sondern nur als ein noch nicht beendigter gelten darf, der eben erst dann beendigt worden wäre, wenn der Thäter jene Möglichkeit nicht benützt, sondern der Sache ihren Lauf gelassen hätte, oder aber — da jener Begriff des beendigten Versuchs identisch mit dem der Vollendung des Verbrechens wäre, — man muß den Begriff des beendigten Versuchs überhaupt ganz anders fassen; und dann wird noch deut-

licher erhellen, daß auf diesem Punkte ein strafloses Abstehen nicht mehr möglich ist. S. unten. — Eine dritte Frage, die Zachariä aufwirft, ist endlich die: „Ob die Sinnesänderung in eine äussere, dieselbe beurkundende, dem bisherigen gesetzwidrigen Handeln entgegengesetzte Thätigkeit übergegangen seyn müsse?“ Diese, zuerst von Bauer gestellte, Frage wird von beiden genannten Schriftstellern bejaht. Auch kann man ihnen insofern beistimmen, als in der Regel das Angeführte nothwendig seyn wird, um im konkreten Falle den Beweis der zurückgenommenen Absicht herzustellen. Allein ganz mit Unrecht wird die gedachte Frage von Zachariä in dem Sinne genommen, daß sie mit der andern identisch seyn soll: „ob das freiwillige Abstehen vom Versuche oder das Gegentheil zu vermuthen sei?“ Er entscheidet sich für das Letztere, während Rossi[1]) der entgegengesetzten Meinung ist: in der CCC. dagegen will Zachariä eine Präsumtion für das freiwillige Abstehen finden II. §. 266. 278. Allein seine, etwas verklausulirten Bemerkungen über das Verhältniß zwischen Anschuldigungsbeweis und Entschuldigungsbeweis[2]) werden offenbar durch das widerlegt, was er selbst der Ansicht von Rossi entgegenhält; und viel treffender sind wohl die schlichten Worte v. Hufnagels, der die Weglassung einer solchen Vermuthung aus dem Wirtemb. Strafgesetzbuch, Art. 73. so rechtfertigt: „Allein dies (was Bauer über die Nothwendigkeit einer äussern Handlung sagt) zugegeben, so scheint doch die geforderte äussere Handlung lediglich eine Sache des Beweises zu seyn. Der Ent-

1) Traité III. S. 4—6.
2) Vergl. auch was namentlich II. S. 262 u. 2 gesagt ist.

schluß zum Abstehen ist natürlich stets nur eine innere Handlung, aber freilich muß diese innere Handlung, dieser Entschluß erwiesen werden. Häufig oder in der Regel wird dieser Beweis nur durch eine der inneren Handlung nachgefolgte äussere Handlung geführt werden können. . . Es ergiebt sich hier dieselbe Schwierigkeit, welche überall eintritt, wo es sich von der Erhebung der subjektiven Seite einer That handelt. Auch hier kann man aber nicht fragen, wer den Beweis zu führen habe, ob der Angeschuldigte verbunden sei, den gefaßten Beschluß, abzustehen, zu beweisen, oder ob der Richter dem Angeschuldigten zu beweisen habe, daß er die Absicht gehabt habe, in seiner verbrecherischen Handlung oder Unterlassung fortzufahren, und daß er nur durch äussere Umstände hiervon abgehalten worden sei. Auch hier giebt es weder eine rechtliche Vermuthung für die Schuld, noch für die Unschuld. Die eine, wie die andere, muß für den Richter erwiesen seyn [1])." — Wollte man aber je eine Präsumtion annehmen, so müßte man wohl weit eher derjenigen den Vorzug geben, welche Zachariä der P. G. O. unterlegt. Denn, wenn man allerdings die dafür von Rossi vorgebrachten Gründe nicht gelten lassen kann (er will selbst zwischen bloßem Aufschieben und wirklichem Aufgeben keinen Unterschied gemacht wissen), so ist doch soviel gewiß, daß das strafbare Moment im Versuch eben nur die Absicht bildet, von welcher man annimmt, daß sie unmittelbar nach der Vollendung des Verbrechens strebe [2]). Nun muß doch aber, wenn man diese Absicht strafen will, eben diese Absicht als vorhanden und zwar als eben in dem

1) Kommentar I. S. 148.
2) Zachariä II. §. 258. a. E.

Momente, welcher der strafrichterlichen Beurtheilung unterliegt, noch vorhanden gewiß seyn [1]. In der Präsumtion Zachariäs läge also eine ganz gewöhnliche præsumtio doli, welcher jedenfalls ihr Gegentheil weit vorzuziehen wäre, weil darin wenigstens die ernstliche Aufforderung an den Richter läge, mit dem Beweise des dolus auch hier genau und gewissenhaft zu seyn. — Wie in diesem Punkte, so hat das Wirtemb. Strafgb. auch darin das Richtige getroffen, daß es bei einem wirklich beendigten Versuche ein strafloses Zurücktreten nicht mehr annimmt.

§. 122.

Der Versuch bildet einen geringern Schuldgrad, als das vollendete Verbrechen. Denn, wie beim Versehen (§. 101), so decken auch hier sich die beiden Seiten der Handlung nicht, sondern das Thatmoment bleibt hinter dem Willensmoment zurück. Obgleich nun auch im entfernten Versuche die angekündigte volle Absicht das wesentlich strafbare Moment bildet, so drückt sich gleichwohl in dem Fortschreiten der Ausführung zugleich eine Steigerung der Intensität des verbrecherischen Willens aus, die ihren Gipfel erst mit der objektiven Vollendung der That erreicht, so daß die bloß beim Versuche stehen gebliebene Handlung zugleich einen minderen Grad der Intensität des Willens, hiemit der Schuld, anzeigt. Unzweifelhaft ist nämlich, daß der sich bethätigende verbrecherische Wille unter sonst gleichen Verhältnissen immer eine größere Intensität offenbart, als der beim bloßen Entschlusse stehen bleibende. Daraus folgt aber, daß das Fortschreiten der Ausführung zugleich ein graduelles Wachsen der Intensität des Willens involvirt. Denn eben erst mit dem Fortschreiten der Ausführung, der Wahl

1) Vgl. Kitka u. v. Skari a. a. O.

und Anwendung der Mittel der Ueberwindung der Hindernisse entwickelt sich für den Handelnden die Intensität seines Willens und fordert stufenweise, zwar nicht neue Entschlüsse, wohl aber eine immer größere Vertiefung des ursprünglich gefaßten verbrecherischen Entschlusses, die sich in der fortschreitenden Negation der dem Handelnden in der Objektivität entgegentretenden sittlichen Potenzen offenbart. Diese sich vertiefende Aktualisirung des verbrecherischen Willens ist aber ein Wachsen seiner Schuld, weil der Mensch vermöge seiner Freiheit auf jedem Punkte des Verlaufs seiner Handlung die Möglichkeit einer entgegengesetzten Selbstbestimmung behält.

Anm. 1) die Begründung des hier Gesagten ist von Wirth a. a. O. I. S. 136—139 auf eine sehr treffende Weise gegeben. Er bemerkt zwar, es sei auch eine Ausnahme von der Regel möglich, nämlich die, daß ein Subjekt in ihm schon alle zur Ausführung nothwendigen sittlichen Negationen gesetzt und überwunden, ja sogar die heilige Scheu vor der objektiven Substanz der Welt zum Voraus in sich erdrückt habe, so daß alsdann die That nichts sei, als das gleichgiltige Umsetzen des darin sich gleichbleibenden Innern in das Aeussere, (woraus dann folgen würde, daß in einem solchen Falle allerdings der Versuch von der Vollendung graduell nicht mehr zu unterscheiden wäre, ja nicht einmal der bloße Entschluß von der That). Allein er fügt selbst bei, daß mit diesem Fall überhaupt der Uebergang aus dem Gebiete der juristischen in die moralische Zurechnung gemacht werde. Ganz richtig. Die Würdigung eines solchen Falls gehört einer tieferen Betrachtungsweise an, welche über die einzelne That übergreift und die ganze Subjektivität als eine im Bösen fertig gewordene vor ihr Forum zieht. Eben dies gebührt aber der rechtlichen Imputation nicht, welche stets nur die

einem bestimmten Verbrechen zu Grunde liegende vereinzelte, verbrecherische Intention zu würdigen und hiebei von der Regel auszugehen hat. Mit vollem Rechte fährt daher Wirth fort: „Allein als Regel steht der obige Satz fest, so sehr, daß, weil an sich jedes weitere Stadium in der Ausführung eine tiefere Aktualisirung des bösen Willens selbst ist, mit jedem die Schuld wächst, weswegen die objektive Vernunft jene Stadien selbst scheidet in die vorbereitende Handlung, den Versuch und die Vollendung, welche allein die volle Schuld trägt, weil nur in ihr der bestimmte Wille sich als solcher abgeschlossen und alle die sittlichen Einheiten überwunden hat, welche auf den vorangehenden Stadien von ihm noch nicht schlechthin negirt worden waren." — In der That sind es auch in der Theorie nur vereinzelte Stimmen, welche sich für die gleiche Strafbarkeit des versuchten und des vollendeten Verbrechens aussprechen [1]. Es zeugt dies immer entweder von einem unbefugten Einmischen des moralischen Gesichtspunkts, von welchem aus freililich sogar noch weiter gegangen und die gleiche Strafbarkeit des bloßen Entschlusses zum Bösen und der ausgeführten bösen Handlung behauptet wird (über die relative Wahrheit und Unwahrheit dieser Behauptung s. Wirth a. a. O. in der Anm. S. 139), oder aber von der Gefangenschaft in einer relativen Strafrechtstheorie, da die relativen Theorieen allerdings folgerichtig zu jener Gleichstellung führen müssen, wie dies Zachariä II. S. 59—61. Anm. 3 richtig anerkennt. Mit Recht

---

1) Cremani I. 1. cap. 5. §. 5. Dersted Grundregeln, S. 163. 164. wollen wenigstens den beendigten Versuch mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt haben.

wird von diesem, und besonders von dem bei ihm angef. französischen und italienischen Schriftstellern dieser Gleichstellung entgegengehalten, daß sie sogar vor dem Forum der Moral nicht Stich halte. Denn offenbar zeigt, wie dies im obigen §. näher dargestellt wird, selbst moralisch betrachtet, die Ausführung des bösen Entschlusses noch eine tiefere Intensität, als der bloße Entschluß zum Bösen; und folgeweise muß auch mit dem Fortschreiten der Ausführung ein Wachsen der Intensität des Bösen bedingt seyn. Denn immer tritt, auch nach dem überlegtesten Vorsatze, in der Ausführung ein Neues hinzu: die sittlichen Potenzen, die beim Vorsatz nur im Bewußtsein Existenz halten und überwunden wurden, treten nun erst objektiv dem Handelnden entgegen, sie stellen sich ihm in der Gestalt von Hindernissen, Warnungen, Schwierigkeiten entgegen, er muß diese nun, eins nach dem andern, besiegen, Mittel herbeischaffen, Kräfte in Bewegung setzen, Gewissensregungen niederkämpfen u. s. f. In diesem Verlauf entwickelt sich ihm selbst erst das beabsichtigte Böse in seiner Ganzheit. Da er nun auf jedem Punkte vermöge seiner Freiheit die Möglichkeit einer entgegengesetzten Selbstbestimmung hat, so muß er, zwar nicht in jedem Augenblicke einen neuen Entschluß fassen, aber er muß doch seinen Entschluß immer energischer zusammennehmen, immer extensiver, gegen immer neue Feinde durchkämpfen; eben damit aber aktualisirt sich die Intensität des bösen Willens in jedem Augenblicke mehr, d. h. es wächst die Schuld mit der wachsenden That. Zugegeben ist allerdings, daß das Wachsen der Schuld durch das Wachsen der That allein nicht bedingt ist und daß vor dem moralischen Forum noch andre Umstände in Erwägung kommen, welche in die Lücke treten und auch den bloßen Versuch, ja den bloßen

Entschluß zum Bösen als ebenso unsittlich darstellen können, wie die vollbrachte That. Allein eben diese Betrachtung gehört nur vor den Richterstuhl der Moral, keineswegs vor den des Rechts. Wird also behauptet, der Verbrecher zeige im Versuch den bösen Willen schon in seiner ganzen Stärke [1]), oder: das einzig Strafbare beim Versuche sei der böse Wille, dieser aber habe keine Grade, sondern könne nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden seyn [2]), so wird die Natur des bösen Willens selbst verkannt. Dies meinen auch die oben Genannten, wenn sie die — freilich in dieser Weise nicht zutreffende — Entgegnung machen, es werde hiermit eine unstatthafte Präsumtion aufgestellt, daß der Wille des Handelnden bis zur Vollendung fortgedauert haben würde [3]). Die Entgegnung trifft nicht, weil allerdings, worin Luden vollkommen Recht hat, diese Präsumtion jeder Bestrafung des Versuchs zu Grunde liegen muß, wenn nicht die Versuchsstrafe eine bloße, ungerechte Verdachtsstrafe seyn soll, genauer aber muß gesagt werden: Jeder Versuch, bei dem sich nicht erweisen läßt, daß der Thäter es freiwillig dabei habe bewenden lassen, liefert den Beweis der vollständig vorhandenen Absicht, das Verbrechen zu vollenden. Eben deshalb ist er auch allein strafbar, wie Luden gleichfalls mit Recht behauptet [4]) (während Zachariä dies als eine unrichtige Konsequenz darstellt). Eine ganz andre Frage ist es nun weiter, ob dieser Absicht, soweit sie im Versuche ausgesprochen ist, dieselbe

---

1) Treilhard bei Chaveau Theori du Code. X. p. 142.

2) Luden Abh. I. S. 45 ff. 511.

3) Vgl. Zachariä II. S. 56, wo der Gedanke ganz richtig ausgesprochen ist.

4). s. auch Kleinschrod System Entw. I. S. 70.

Intensität zugeschrieben werden dürfe, wie einer im vollendeten Verbrechen vollständig objektiv durchgeführten Absicht? Und diese Frage muß allerdings, gegen Luden, durchaus verneint werden, aus den schon angeführten Gründen. Auch dürfte noch zu erwägen seyn, ob es nicht die äusserste Inkonsequenz sei, wenn man einerseits keine Gradation des verbrecherischen Willens annimmt, und gleichwohl andrerseits den Versuch geringer strafen will, als die Vollendung, während man doch von jenem Standpunkt aus gerade dahin kommen muß, wohin auch das römische Recht wirklich gekommen ist, nämlich Versuch und Vollendung als gleich strafbar zu behandeln? Luden bringt hier freilich den sog. objektiven Standpunkt des deutschen Rechts herbei; allein es wird unten sich ergeben, daß er diesen auf eine völlig unrichtige Weise auffaßt und dabei in die Lehre vom Versuch Dinge einmischt, die gar nicht dahin gehören. — Nach allem diesem kann denn freilich auch der von Zachariä für die geringere Strafbarkeit des Versuchs vorgebrachte Rechtsgrund nicht stichhaltig gefunden worden. Denn nur auf andre Weise, als Luden, argumentirt auch er hier wieder aus dem sogen. objektiven Standpunkte, von dem er dies Mal wieder, im Widerspruch mit den beim freiwilligen Abstehen vom Versuch aufgestellten Principien, sagt, daß er der überwiegende seyn müsse. Im §. 172 wird von einer Vereinigung des subjektiven mit dem objektiven Maßstabe gesprochen, die darin bestehen soll, daß der Richter stets zunächst das Verhältniß der That zur Aussenwelt im Auge haben müsse, und nur folgeweise die Beschaffenheit der Willensbestimmung. Inwiefern soll nun aber die That berücksichtigt werden? etwa nur als Erkenntnißgrund des Willens, wie es in §. 174 heißt? Das wäre ganz zu billigen; aber das hieße ja

eben, daß der That für sich keine Bedeutung zukomme, sondern nur als der Erscheinung der verbrecherischen Subjektivität. Es muß also das objektive Element auch hier wieder materieller und roher aufgefaßt, es muß die Meinung seyn, daß der äußeren Schädlichkeit oder (vermeintlichen) Gefährlichkeit der That für sich eine wesentliche Bedeutung zukomme, daß daher der Versuch aus dem Grunde weniger strafbar sei, weil er äußerlich weniger schädlich oder gefährlich sei, als das vollendete Verbrechen. Allein es ist wirklich kaum zu begreifen, wie man sich bei einer solchen Auffassung der objektiven Seite am Verbrechen befriedigt finden, wie man namentlich das Maß der Strafbarkeit, das doch nur nach dem Maß der Schuld sich richten kann, sich nach so äusserlichen Momenten bestimmt denken kann. Eben in dieser verkehrten Auffassung des objektiven Gesichtspunkts stimmen Luden und Zachariä letzlich doch wieder zusammen. Es ist aber schon mehrfach gezeigt worden, daß man sehr Unrecht thut, diese ganz materielle Auffassung die germanische zu nennen. Sie tritt allerdings in der Kindheit des deutschen Rechts hervor, ist aber alsbald verlassen worden, nachdem mit Hilfe des kirchlichen und und klassischen Rechts das auch im deutschen Rechte im Keime liegende Princip der Subjektivität zum deutlichen Bewußtsein und zur Entwicklung seiner Konsequenzen gekommen war. Die Vermittlung beider Standpunkte, des objektiven und des subjektiven, kann aber, wie die ganze bisherige Entwicklung zeigt, nicht in einem mechanischen Gleichgewicht beider bestehen, sondern sie muß eine organische seyn. Dazu ist jedoch wesentlich nöthig, daß die objektive Seite sich der subjektiven unterordne, daß sie als die bloße, allerdings wesentliche, Erscheinung der letzteren aufgefaßt werde. Zachariä hat mithin

vollkommen Recht, wenn er die absolute Wesentlichkeit des Thatmoments hervorhebt. Aber nur das ist nicht einzusehen, wie hieraus die geringere Strafbarkeit des Versuchs folgen soll? Läge diese darin, daß die äussere Rechtsverletzung, Beschädigung, im Versuche nur unvollkommen vorliege, so würde hieraus, was Z. ganz vergebens bestreitet, allerdings vielmehr die gänzliche Straflosigkeit des Versuchs als solchen folgen. Denn der Versuch als solcher — d. h. abgesehen von der anderweitigen Beschädigung, die er etwa mit sich führt, und die äusserlich den Charakter eines geringeren, vollendeten Delikts an sich trägt, z. B. eine Verwundung beim Versuch der Tödtung, — ist eben das äusserlich nicht Beschädigende. Und wollte man ihn gleichwohl strafen, weil er wenigstens eine Rechtsverletzung drohe, so würde man eine bloße Verdachtsstrafe für gerecht ausgeben. Will man daher die Strafbarkeit des Versuchs überhaupt rechtfertigen, so muß man von der in der unvollkommenen äusseren Erscheinung hervorgetretenen verbrecherischen Subjektivität ausgehen [1]). Ebenso aber, wenn man nun ferner die geringere Strafbarkeit des Versuchs gegenüber der Vollendung begründen will, muß man wiederum nicht von der äusseren Erscheinung, sondern von der Subjektivität ausgehen; man muß zeigen, daß und warum im Versuch eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens sich ausspreche, wie denn auch Z. dies wenigstens beiläufig bei Gelegenheit einer Polemik gegen Luden, II. S. 56 a. E. ganz richtig ausspricht. — Entbehrt aber die aus der Natur des Strafrechts von Z. gegebene Begründung des Satzes der philosophischen Klarheit und

---

1) Dies wird auch von Wächter I. S. 138 ob. sehr richtig angedeutet.

Schärfe, so ist es andrerseits auch unhistorisch, wenn er behauptet, der Grundsatz sei auch im positiven Rechte jederzeit anerkannt worden, und, wo er nicht gegolten habe, da habe die Schuld hiervon nur an gesetzgeberischer Willkühr gelegen, welcher sich dann alsbald eine aus dem natürlichen Gefühle hervorgebrochene allgemeine derogatorische Gewohnheit entgegengesetzt habe. Mit dieser Bemerkung, die hinsichtlich des neuen französischen Rechts ganz gegründet ist, soll namentlich das römische Recht getroffen werden. Dabei ist aber ganz übersehen, daß derselbe Grundsatz (der gleichen Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung) in den Gesetzen der römischen Republick vor Christus einen wesentlich andern Sinn hat, als in der französischen Gesetzgebung am Ende des 18. Jahrhunderts. Diese hat mit gedachtem Satze einen Rückschritt in der Rechtsentwicklung gemacht, wegen dessen sie mit Recht von der Doktrin getadelt, und von der Praxis umgangen wird. Ganz anders verhält es sich aber mit dem öffentlichen Strafrecht in Rom, das, der ganzen politischen Weltanschauung des Alterthums gemäß, den modernen Unterschied von Moral und Recht nicht kannte, vielmehr in sich selbst das Organ des sittlichen Vokbewußtseins war. Von diesem Grundgedanken, ohne welchen der ganze römische Strafproceß unverständlich bleiben muß, geht unter anderen Konsequenzen auch die aus, daß der irgendwie in äusserlichen Akten manifestirte dolus das Strafbare sei uud daß auf das Mehr oder Minder der äusserlichen Manifestation nichts ankomme. Also aus dem sittlichen Grundcharakter des Römischen Rechts ist jener Satz abzuleiten, nicht etwa aus der Willkühr des Corn. Sulla, welcher dem Abschreckungsprincip gehuldigt habe. Wenn dann ferner unter der Kaiserregierung jene republikanische Strenge

nachließ, wenn, wie die culpa zwischen dolus und casus eingeschoben, so auch allmälig (übrigens immer nur ausnahmsweise) der Begriff des Versuchs und seiner niederen Strafbarkeit anerkannt wurde, so ist darin keineswegs eine Reaktion des ursprünglichen Rechtsbewußtseins gegen gesetzgeberische Willkühr zu sehen. Vielmehr ganz im Gegentheil hat diese neue Erscheinung ihren Grund darin, daß mit dem Untergang der alten Staatsverfassung, mit der Vernichtung des specifischen Römerthums, mit der Ausbreitung des römischen Rechts zum Weltrechte, mit der Degradation des römischen Bürgers zum Unterthanen eines nicht mehr in ihm, sondern ausser und über ihm lebenden Staats das alte Rechtsbewußtsein untergegangen war und ein neues sich bildete. In diesem war nun aber wesentlich, daß das Strafrecht einen andern Charakter erhalten, daß es Organ des sittlichen Volksbewußtseins zu seyn aufhören und — was es auch seyn soll — Mittel der abstrakten Rechtsverwirklichung werden mußte; ein Princip, das freilich seine konsequente Durchbildung nicht mehr in dem entnervten römischen, sondern erst im germanischen Staate fand.

§. 123.

Folgt nun aber aus dem Wesen des Versuchs seine geringere Strafbarkeit überhaupt, so ist eben damit auch der Satz gerechtfertigt, daß von dem Anfangspunkte seiner Strafbarkeit an diese bis zum Augenblicke der Vollendung hin stetig wachse. Es lassen sich aber in diesem quantitativen Progresse ebensowenig, als in dem gleichen bei dem Versehen, qualitative Unterschiede, und hiemit bestimmte Grade fixiren. Nur der Endpunkt des Versuchs läßt sich angeben wie auch sein Anfangspunkt bestimmt bezeichnet werden konnte. Beendigt ist nämlich der Versuch, sobald der Han-

delnde Alle ihm erforderlich scheinenden Thätigkeits-Aeusserungen vorgenommen hat, die Wirkung aber, welche das vollendete Verbrechen ausmacht, nicht eintritt vermöge einer Natursache, deren Wirksamkeit vom Willen des Handelnden unabhängig ist, sei es nun, daß er auf dieselbe rechnete oder daß dieselbe nur vermittelst eines Irrthums von seiner Seite sich geltend machen konnte [1]).

Anm. — Der Versuch ist von seinem Anfang an als ein fortwährend wachsendes Verbrechen zu denken, nicht nur insofern die Thätigkeit extensiv zu einer größeren oder kleineren Menge einzelner Akte sich entwickelt, sondern auch insofern mit diesem Wachsen der Extensität der Handlung auch die Intensität der Schuld schrittweise zunimmt. Mit Recht ist es daher auch ein schon von der italienischen Jurisprudenz, und seit der PGO. auch von der deutschen Doktrin mit seltener Uebereinstimmung angenommener Satz [2]), daß der Versuch von seinem Anfangspunkte an immer verbrecherischer und somit strafbarer werde, jemehr er der Vollendung sich nähere. S. Zachariä II. §. 154—162. 206—226. Dieselbe Ansicht findet sich auch in allen neueren Gesetzgebungen, die französische ausgenommen, durchgeführt. Ebendas. §. 167—169. Die Variationen beziehen sich nur auf die Festsetzung des Anfangspunkts, die Fixirung bestimmter Grade und das Maß der relativen Strafbarkeit. Andern Ansichten folgte allerdings aus dem schon angef. Grunde das öffentliche Strafrecht der Römer [3]); auch haben verschiedene deutsche Partikularrechte bis zum acht-

---

1) Vergl. Heffter §. 99.

2) Daß dieser Satz ein wesentlich dem germanischen Rechte angehöriger sei, darüber s. Zachariä II. §. 203—205.

3) AM. Zachariä II. §. 186—193. Vergl. Luden Abh. I. S. 267—271.

zehnten Jahrhundert hin, im Widerspruche mit der durch die PGO. ausgesprochenen deutschen Grundansicht, theilweise andere Grundsätze über die Strafbarkeit des Versuchs aufgestellt. Aehnliche Ausnahmen finden sich schon zur Zeit der deutschen Volksrechte, wo sie vorzüglich aus dem Einfluß der einseitig den moralischen Standpunkt festhaltenden Kirche zu erklären sind [1]), ferner zur Zeit der PGO. in denselben italienischen Statuten, aus welchen im Uebrigen die italienischen Praktiker die Regel selbst als eine generalis totius mundi consuetudo abzuleiten pflegen, — und hier ist wohl der Grund bereits in dem Abschreckungsprincip zu suchen, zu welchem sich die kräftigen Regierungen der Städte und überhaupt der Territorialstaaten, verlassen von der Centralgewalt, im Bedürfniß einer besseren und strengeren Polizei hinneigen mußten [2]). Dasselbe gilt denn ohne Zweifel auch von den bei Zachariä II. §. 229 ff. angeführten Partikularrechten. Um so entschiedener findet sich die Regel wieder ausgesprochen in allen Gesetzgebungen Deutschlands seit der zweiten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts. Ebend. II. §. 237—245. Gegenüber dieser communis opinio hat nun neuerdings Luden Abh. I. S. 49. 510—514 die Behauptung aufgestellt, nicht nur, daß die CCC. von Gradationen des Versuchs je nach seiner Annäherung an die Vollendung nichts wisse [3]), sondern es gebe auch in der That nur Einen Grad des Versuchs d. h. wenn einmal der Anfangspunkt überschritten sei, von welchem an die menschliche Handlung überhaupt als Versuch in das Gebiet des Strafrechts

1) Zachariä II. S. 132. n. 1—3.
2) Zachariä II. S. 135. n. 3.
3) s. hingegen Zachariä II. §. 216. 217.

falle, so stehen an und für sich alle Handlungen auf einem gleichen Grade der Strafbarkeit, und es dürfe daher eine größere oder geringere Strafe nicht darnach bestimmt werden, ob der Handelnde mehr oder weniger Handlungen begangen habe, welche der Vollendung näher oder ferner standen, sondern lediglich darnach, ob der Versuch an und für sich einen größeren oder geringeren rechtsverletzenden Erfolg gehabt habe. — Allein es ist leicht zu zeigen, daß Luden hier der Karolina das größte Unrecht anthut, indem er ihr irrig die materiellste und rohste Auffassung des Thatmoments aufbürdet, wie sie selbst nicht mehr in allen germanischen Volksrechten anzutreffen und jedenfalls von der Jurisprudenz ihrer Zeit längst überwunden gewesen ist. Um so abenteuerlicher erscheint daher vollends eine Rechtfertigung jenes Satzes aus der Natur der Sache. Nur ist freilich auch die Polemik nicht zu billigen, welche Zachariä II. §. 173 dagegen vorbringt. Er findet, daß Luden zu einseitig den subjektiven Maßstab beachte und zu wenig auf die mit dem Fortschritt der verbrecherischen Thätigkeit steigende objektive Gefährlichkeit Rücksicht nehme. Wenn Luden hinsichtlich des letzteren Punkts unverdienten Tadel erfährt, so ist es verwunderlich, wenn ihm in Beziehung auf den ersteren eine Rücksicht untergeschoben wird, wegen deren er gerade gelobt werden müßte. Offenbar besteht ja aber, wie Zachariä II. §. 217 selbst zugesteht, der Mangel jener Behauptung vielmehr gerade darin, daß „sie den objektiven Maßstab in seiner gröbsten Gestalt berücksichtigt." Hätte nämlich L. wirklich die Subjektivität der Versuchshandlung richtig erwogen, so müßte er eingesehen haben, daß mit dem Fortschritte der Thätigkeit auch die Intensität des verbrecherischen Willens wächst. Er steht aber

im Gegentheil auf dem ganz materiellen Standpunkte des ältesten germanischen Rechts, welches den Versuch zwar für ein geringeres Verbrechen ansieht, als das konsummirte Delikt, aber nur, weil er objektiv weniger schädlich oder verletzend ist, und welches eben daher den Versuch nicht als die bloße Erscheinung des bösen Willens, sondern je nach seiner größeren oder geringeren materiellen Schädlichkeit auf die Skala der relativen Strafbarkeit bringt, mithin ihn nach einem, nicht aus seinem Wesen fließenden, sondern äusserlich herangebrachten Maßstabe mißt. Die Behauptuug, daß der dolus keine Grade habe, daß er, wo er überhaupt vorhanden sei, die gleiche Strafbarkeit bedinge, enthält nur scheinbar eine Würdigung der subjektiven Seite. Denn, wäre es ernstlich damit gemeint, so müßte L., wie Zachariä gleichfalls richtig bemerkt, folgerichtig auf den Standpunkt des römischen Rechts kommen und allen Unterschied zwischen Versuch und Vollendung überhaupt verwerfen. Da er aber hievon gerade das Gegentheil thut, so erhellt, daß er gerade das subjektive Wesen des Versuchs in dessen objektiver Gestalt erstarren läßt, indem er die dem Wesen des freien menschlichen Geistes schlechthin widersprechende Meinung hat, als ob der Mensch wie eine Naturursache wirke, die, einmal angestoßen, nothwendig zu ihrem Ziele kommen muß. Dies liegt nämlich zu Grunde, wenn das Wachsen der Schuld im Verlaufe der Thätigkeit geläugnet und eben damit folgerichtig die Möglichkeit einer entgegengesetzten Selbstbestimmung bestritten wird. Offenbar heißt dies aber nicht, die subjektive Seite vorzüglich würdigen, sondern vielmehr: ihr Recht verkennen und sie schlechthin durch die objektive Erscheinung bestimmt seyn lassen.

Eine andere Frage ist nun, ob sich bestimmte Grade

des Versuchs fixiren lassen? Diese ist zu verneinen. In der That hat sich auch die Unmöglichkeit, innerhalb eines rein quantitativen Progresses qualitative Unterschiede aufzufinden, dadurch an den Tag gelegt, daß die Doktrin sich über bestimmte Grade im Einzelnen niemals verständigen konnte. In den Quellen des positiven Rechts fand sie keinen Halt dafür, da das römische Recht den Fortschritt der äusseren Thätigkeit überall als gleichgiltig behandelt [1]), die PGO. aber bloß Versuch und Vollendung unterscheidet, auch die relative Strafbarkeit des ersteren ausspricht, ohne jedoch dieselbe irgendwie auf Gradunterschiede zu bringen. Ebensowenig wissen etwas hievon die Glossatoren und die ältesten italienischen Kriminalisten. Die Erfindung der Versuchsgrade hatte zunächst einen besondern, der Sache selbst äusserlichen Zweck, nämlich den: die strenge Regel des römischen Rechts über die gleiche Strafbarkeit des Versuchs und der Vollendung im Sinne der germanischen generalis consuetudo zu beschränken, indem man für die Anwendung jener Regel wenigstens einen actus proximus forderte (so Angelus Aretinus). Allerdings findet sich dann schon bei Baldus die ganze Reihe von actus remotus, propinquus, proximus. Allein schon damals konnte man sich über den Umfang dieser Stadien sowenig vereinigen, daß vielmehr sogar der eine conatus proximus eben da findet, wo der andre nur von conatus remotus spricht. Zachariä II. §. 154—157. 206—211. Liegt mithin in den Ausführungen der italienischen Jurisprudenz der ganz richtige Satz, daß die Strafe im

---

1) Gegen unhaltbare Behauptungen von Cropp vergl. Zachariä II. §. 152. | Wächter I. S. 138—140. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 43.

Verhältniß zu der fortgeschrittenen verbrecherischen Thätigkeit steigen müsse, so ist es ihr gleichwohl nicht gelungen, für dieses Steigen bestimmte Stadien zur allgemeinen Anerkennung zu bringen. Ebensowenig aber hat dies die deutsche Doktrin seit der PGO. vermocht. Zwar unterscheidet schon Karpzow conatus proximus und remotus in der Weise, daß es zum ersteren nicht genüge, quod actus sit simpliciter propinquus delicto; sed proximus esse debet ipsi consummationi et perfectioni delicti, ita ut sit ultimus actus, qui a delinquente agendus est ad criminis perfectionem. Und auch nach ihm wurde der Unterschied im Allgemeinen dahin angegeben, daß unter conatus remotus bloße Vorbereitungshandlungen, unter conatus proximus dagegen die facta, quae ad criminis perfectionem pertingunt, zu verstehen seien. Wie wenig Bestimmtes damit festgesetzt war, erkennen aber auch die neusten Schriftsteller über den Versuch an, — s. Zachariä II. §. 159. 160. Ja gerade die neuste Bewegung in der Doktrin, welche den Zweck hatte, den Anfangspunkt für die Strafbarkeit des Versuchs weiter vorwärts zu rücken und mit der französischen Formel des commencement d'exécution Alles leisten zu können glaubte, hat auf's Neue gezeigt, wie schwer, ja unmöglich es ist, zwischen entferntem und nahem Versuch eine bestimmte Grenze zu ziehen. Bemerkt man doch, daß sie die Anschaffung eines zur Ausführung nothwendigen Mittels bald zur Vorbereitung, bald zur Ausführung selbst gezählt wissen will [1]), daß sie Handlungen behufs der Versetzung in den zur Verübung des Verbrechens erforderlichen physischen Zustand bald noch als

1) Bauer Anm. zum hannöv. Entw. I. S. 375. II. S. 107. Abh. I. S. 319. 320.

entfernten Versuch gelten läßt, bald darin schon einen Anfang der Ausführung sieht [1]). Wenn aber Zachariä darin bloße Inkonsequenzen findet, und seinerseits (I. §. 106—108) die Sache dahin entscheidet: Anfang der Ausführung sei vorhanden, wenn mit einer Handlung begonnen worden sei, welche als wirklicher Bestandtheil der im Gesetze bedrohten That betrachtet werden könne, wenn also mit der Gesetzesübertretung selbst schon der Anfang gemacht worden sei, so ist dies theils nichtssagend, weil es ganz willkührlich ist, zu behaupten, daß mit den Vorbereitungshandlungen ein solcher Anfang noch nicht gemacht werde; theils offenbart sich die Inkonsequenz und Haltlosigkeit der ganzen Ansicht sogleich dadurch, daß auf derselben Seite auch wieder gesagt wird: Handlungen, die im Allgemeinen nur als vorbereitende erscheinen, können doch wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Verbrechens den Charakter von Handlungen der Ausführung erhalten, — womit ja ganz offenkundig zugestanden ist, daß eben die unendliche Verschiedenheit der Handlungen keinen bestimmten Maßstab für den Unterschied zwischen bloßer Vorbereitung und Anfang der Ausführung zulasse. In der That giebt dies auch Zachariä II. §. 166 selbst unumwunden zu, freilich ohne zu erwägen, daß er damit das Fundament seiner ganzen künstlichen Ausführung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen umwirft. Schon Böhmer [2]) hat dies richtig angedeutet, indem er zwar auch den hergebrachten schwankenden Unterschied zwischen conatus remotus und proximus aufnimmt, dabei aber

1) Bauer a. a. O. I. S. 377. II. S. 106. Mittermaier N. Arch. II. S. 607. Kitka in Wagners Zeitschr. 1832. I. S. 180 ff.
2) Meditt. in CCC. art. 178. §. 5.

hinzusetzt, es gebe in beiden Klassen wieder Grade: quorum alii sunt remotissimi, alii propiores, alii subinde extremam lineam constituunt, in quibus rite distinguendis sollicitudo judicis versatur. Ebenso sagt nun auch Zachariä richtig: Zwar könne der Versuch, wo nur überhaupt sein Begriff Anwendung finde, ein näherer oder entfernterer seyn; dagegen sei die gewöhnliche Unterscheidung zwischen conatus proximus und remotus theils an sich unrichtig und unvollständig, weil zwischen beiden [unendlich viele] nicht dadurch getroffene Stufen in der Mitte liegen, theils sei der Ausdruck nächster Versuch, wenn man eine Reihe möglicher Stufen darunter begreifen wolle, widersprechend. Der wahre Fortschritt in dieser Lehre ward dadurch gemacht, daß Klein [1]) den schon von Böhmer angedeuteten Begriff des beendigten Versuchs näher fixirte. Denn eben nur der Endpunkt, sowie der Anfangspunkt des Versuchs läßt eine genaue, qualitative Bestimmung zu, während die dazwischen liegende Stufenreihe einen unendlichen quantitativen Progreß bildet, wie es denn bei Chaveau et Héllie Faustin Théorie du Code pénal ganz richtig heißt. Entre ces deux termes de l'entreprise criminelle on peut marquer différents degrès. Mais le législateur ne doit indiquer, que les degrès qu'il peut constater avec certitude et précision; les deux degrès les plus distincts sont la tentative et le délit manqué. Zwar war es ungeschickt, daß Klein den beendigten Versuch unter der Bezeichnung des: delictum perfectum mit dem vollendeten Verbrechen koordinirte und dem Versuche gegenüberstellte. Allein dieser Formfehler war leicht zu

---

1) Grundsätze des peinlichen Rechts. §. 145. Vergl. Feuerbach §. 43. Weber N. Arch. IV. S. 24—55. Roßhirt Lehrb. §. 44.

verbessern und dafür in der Sache selbst bedeutend gewonnen, wenn es auch gleich noch lange anstand und großentheils noch heute ansteht, bis man sich mit der einfachen Bestimmung des Anfangspunkts und des Endpunkts begnügte, resp. begnügen wird. Bauer [1]) und Zachariä [2]) haben sehr Recht, wenn sie die alten Unterscheidungen wegwerfen, und an deren Stelle die in beendigten und nicht beendigten Versuch setzen, wie sich dies auch im Wirtemb. Strafgb. findet. Art. 64. 65 [3]). Nur ist es wieder eine andre Frage, ob der Begriff des beendigten Versuchs da, wo er in der Doktrin und Gesetzgebung durchgedrungen ist, auch in seinem ganzen Gehalte anerkannt worden sei? Diese Frage ist nun z. B. hinsichtlich der Ausführung von Zachariä §. 163 ff. [4]) zu verneinen, sofern dieser sogleich mit einem Tadel gegen Klein und zwar deshalb beginnt, weil derselbe diesen Begriff als einen bei allen Verbrechen anwendbaren aufstelle, während er doch auf die sogen. materiellen Verbrechen beschränkt werden müsse [5]). Zu dieser Beschränkung wird nämlich Zachariä durch seine falsche Ansicht über die untauglichen Versuchshandlungen genöthigt, was er selbst nicht läugnet. Er wirft die Frage auf, ob nicht diejenigen, welche in solchen Handlungen überhaupt verbrecherische Ver-

1) Lehrb. §. 61. 62. Abh. I. S. 331 ff.

2) Versuch II. §. 166. AM. Mittermaier N. Arch. IV. S. 3. Vergl. Rossi III. S. 7—12.

3) Vergl. Bad. Entw. Art. 99. s. dagegen Anm. zum Bair. GB. I. S. 179.

4) Vergl. Weber im N. Arch. IV. S. 38. 39. Bauer Abh. I. S. 331. 332. Cucumus N. Arch. X. S. 205—215.

5) Martin §. 49. n. 2 erkennt bei den formellen Verbrechen sogar überhaupt keinen Versuch an.

suchsakte erblicken, sie unter die Kategorie des beendigten Versuchs stellen und hiemit diese Kategorie zu einer allgemeinen, auch für die formellen Verbrechen passenden machen müßten? Er verneint jedoch diese Frage, und führt als Grund für diese Verneinung an: daß unter dieser Voraussetzung Alles von der subjektiven Meinung des Thäters abhängig gemacht und keine Rücksicht auf die objektive Beschaffenheit der Handlung genommen werde. Beendigter Versuch sei vorhanden, wenn der Thäter Alles zur Hervorbringung des Verbrechens seinerseits Nöthige gethan habe, gleichwohl aber — durch einen Zufall — der zur Vollendung gehörige Erfolg ausgeblieben sei. Hievon sei nun aber der Fall sehr verschieden, wenn der Thäter sich eines untauglichen Mittels bedient oder seine Handlung gegen ein untaugliches Objekt gerichtet habe; denn hier könne man offenbar nicht sagen, daß der Thäter alles seinerseits Nothwendige geleistet habe, da er ja dann gerade ein taugliches Mittel hätte wählen oder seine Thätigkeit gegen ein taugliches Objekt richten müssen. Man dürfe daher in diesem Falle nicht einseitig auf den Fortschritt der Thätigkeit des Handelnden Gewicht legen, sondern müsse auch den objektiven Gehalt dieser Thätigkeit berücksichtigen. Daraus ergebe sich dann, daß in derlei Fällen nur ein nicht beendigter Versuch anzunehmen sei [1]. — Allein mittelst dieser Behauptungen kommt Zachariä mit sich selbst in mannigfachen Widerspruch. Zunächst stellt er selbst sogleich in Beziehung auf die Anstiftung den beendigten Versuch als eine allgemeine, auch auf die formellen Verbrechen anwendbare, Kategorie auf.

1) Vergl. damit die Ausführung von Bauer Abh. I. S. 333, der das Gegentheil behauptet.

Sodann macht er aus der einseitigen Berücksichtigung des Fortschritts der Thätigkeit hier einen Vorwurf, während er selbst I. §. 15—19 auf dieses Moment seinen ganzen Versuchsbegriff stützt. Allein, auch abgesehen hievon, vermag er die von ihm selbst approbirten beendigten Versuchsakte nicht gegen die Vorwürfe zu schützen, die er der andern Ansicht macht. Denn, wer bloß ein unzulängliches Mittel braucht oder seine Handlung gegen einen nur in concreto untauglichen Gegenstand richtet, kann gleichfalls nicht für einen solchen gelten, welcher Alles seinerseits Erforderliche geleistet habe; denn vielmehr hätte er hiezu ein zulängliches Mittel, einen auch in concreto tauglichen Gegenstand wählen müssen. Noch ganz besonders nimmt Z. auch dann einen beendigten Versuch an, wenn zur Bewirkung des Erfolgs noch die Handlung eines Andern, entweder des Verletzten oder eines Dritten, hinzukommen mußte (z. B. die vergiftete Speise ist zwar dem zu Vergiftenden vorgesetzt, muß aber erst noch von diesem genossen werden). Bleibt nun diese Handlung aus, so liegt offenbar wieder der Fall vor, daß der Thäter im Mittel oder Gegenstand sich vergriffen hat, daß jedenfalls seine Thätigkeit objektiv unzulänglich war. Man kann hier eben wieder nicht sagen, daß der Thäter alles seinerseits Erforderliche geleistet habe. Da nun aber das Stehenbleiben einer Handlung beim bloß beendigten Versuche überhaupt nur daher rühren kann, daß die Thätigkeit im konkreten Fall — wenn auch Mittel und Objekt abstrakt tauglich waren, — sich als irgendwie unzulänglich erwies, da im Gegentheil der Erfolg und somit die Vollendung hätte eintreten müssen, so führt die Argumentation Zachariä's offenbar auf das Gegentheil dessen, was er beweisen will, nämlich auf die Verwerfung des Begriffs des

beendigten Versuchs überhaupt. Soll daher dieser überall Realität haben, so muß er wohl einen andern Inhalt haben, als der ihm von Z. gegeben ist. In der That ist auch von scharfsinnigen Praktikern (z. B. v. Hufnagel [1]) die Unhaltbarkeit des letzteren ganz richtig aufgedeckt worden. Es wird also vielmehr der Begriff des beendigten Versuchs eben nur auf den Fortschritt der Thätigkeit gebaut werden müssen, welchen Zachariä dem Begriff des Versuchs überhaupt zur Grundlage giebt. Die Einwendung, daß hiemit zuviel Gewicht auf die subjektive Meinung des Thäters gelegt und die objektive Beschaffenheit der Handlung zu wenig berücksichtigt werde, ist schlechthin zurückzuweisen, nachdem aus allem Bisherigen wohl zur Genüge erhellt, daß eben das Wesen des Versuchs im Uebergreifen der subjektiven Seite über die objektive besteht, wovon es nur eine einfache Konsequenz ist, daß hier die charakteristischen Bestimmungen aus der ersteren, nicht aus der letzteren kommen müssen. Ueberdies ist schon oben näher gezeigt worden, daß derselbe Einwurf auch den Versuch mit tauglichen Mitteln und an tauglichen Objekten treffen würde, da auch dieser niemals in dem Sinne beendigt werden kann, daß sich mit Recht sagen ließe, der Thäter habe alles seinerseits zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche wirklich geleistet. Man muß also auch hier vielmehr den Ausdruck brauchen: beendigter Versuch sei vorhanden, wenn der Thäter Alles gethan habe, was ihm seinerseits zur Hervorbringung des Verbrechens wesentlich erschien, gleichwohl aber die wirkliche Existenz des Verbrechens nicht zu Stande kam, weil ein vom Thäter entweder

---

3) Kommentar I. S. 130, welche Ausführung von Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 43 mißverstanden zu seyn scheint.

nicht berechneter, oder nicht zu lenkender oder ihm zum Voraus durch Irrthum verborgen gebliebener Naturkausalismus wirksam war [1]). So genommen, paßt nun die Kategorie des beendigten Versuchs eben sowohl auf die sog. formellen, als auf die materiellen Verbrechen. Allerdings kann bei den ersteren nur dann von einem beendigten Versuche die Rede seyn, wenn Mittel oder Objekt untauglich waren, während bei letzteren auch die Anwendung an sich tauglicher Mittel auf an sich taugliche Objekte bloß beim beendigten Versuch stehen bleiben kann. Vielleicht möchte man hierin einen bedeutenden Unterschied finden und es als Eigenthümlichkeit der formellen Verbrechen ansehen, daß bei ihnen, sobald nur Mittel und Objekt tauglich seien, anstatt des beendigten Versuchs stets sogleich die Vollendung selbst eintrete, wie ja dies die gewöhnliche Ansicht von ihnen behauptet. Allein dieser Unterschied ist ein bloß scheinbarer und sehr oberflächlicher. Dasselbe muß nämlich auch von den materiellen Verbrechen gesagt werden, da auch bei diesen der Verbrecher erst dann alles seinerseits Erforderliche gethan hat, wenn er seine Thätigkeit so einrichtete, daß sie die den Eintritt des Erfolgs bedingende Naturkausalität nothwendig hervorrufen mußte. Auch bei diesen also kann man von einem beendigten Versuche im Unterschiede von der Vollendung selbst nur dann sprechen, wenn der Verbrecher noch nicht alles seinerseits wirklich Erforderliche, wohl aber Alles, was ihm erforderlich schien, geleistet hat. Sie kommen mithin in diesem das Wesen des beendigten Versuchs konstituirenden Momente

1) Dies verkennt auch Weber N. Arch. IV. S. 34—37, obgleich er sich über die Natur des Zufalls und des endlichen Kausalismus im Allgemeinen richtig ausspricht. s. auch Wächter I. S. 142 ob.

ganz mit den formellen überein, und es ist keineswegs nöthig, die schon in sich sonderbare Behauptung aufzustellen, daß es zwar bei allen Verbrechen einen bestimmten Anfang des Versuchs gebe, eine Beendigung desselben aber nur bei einigen vorkomme, daher man denn bei den formellen Verbrechen auch nicht von einem nicht beendigten Versuche reden könne. (Hinsichtlich der Anstiftung indessen wird gleichwohl von Zachariä auch bei formellen Verbrechen ein nicht beendigter Versuch zugestanden.) Vielmehr gilt es für alle Verbrechen, daß der Versuch an einem bestimmten Punkte beginnt, und daß er an einem bestimmten Punkte aufhört. Eine Handlung bleibt nämlich solange Versuch, als der Thäter noch nicht alle Ursachen angeregt hat, welche den Eintritt der wirklichen Existenz des Verbrechens bedingen. Hat er dies gethan, so liegt nicht mehr Versuch vor, sondern das Verbrechen wird vollendet. Die letzte Grenze für den Versuchsbegriff kann also nur da gesetzt werden, wo der Thäter zwar noch nicht alles Erforderliche geleistet hat, aber in dem Glauben steht, es geleistet zu haben, wenn das Verbrechen für ihn, für seine Subjektivität, aber noch nicht objektiv vollendet ist.

Aus dem bisher Angeführten geht nun auch näher hervor, warum die Ausführung Zachariäs, daß auch von einem beendigten Versuche noch straflos abgestanden werden könne, jedenfalls mißglücken mußte [1]). Einmal nämlich, — und darauf wurde schon oben (zu §. 121) aufmerksam gemacht, — geht er dabei von einem Begriff des beendigten Versuchs aus, der wesentlich mit dem des vollendeten Verbrechens zusammenfällt und wird dadurch zu den widersprechendsten und auffallendsten Be-

1) Vergl. Rossi III. S. 7.

hauptungen genöthigt, z. B. daß bei formellen Verbrechen kein beendigter Versuch möglich sei, daß es aber gleichwohl wünschenswerth wäre, wenn die Gesetze theilweise bei ihnen auch die Reue nach vollbrachter That berücksichtigen wollten, ferner daß bei materiellen Verbrechen das eine Mal ein strafloses Aufgeben des beendigten Versuchs noch möglich seyn soll, das andre Mal nicht. Konsequenter Weise hätte er aber von seinem Begriffe des beendigten Versuchs aus geradezu diese Möglichkeit überhaupt läugnen müssen. Sodann aber wäre eben dies auch dann nothwendig gewesen, wenn er von dem wahren Begriffe des beendigten Versuchs ausgegangen wäre. Denn der beendigte Versuch ist, wie gezeigt, für den Thäter und sein subjektives Bewußtsein das vollendete Verbrechen selbst; er glaubt in diesem Augenblicke alle den Eintritt der verbrecherischen Wirkung bedingenden Naturursachen angeregt zu haben. Für ihn ist daher auch kein freiwilliges Abstehen von einem bloßen Versuche mehr denkbar. Denn eben die Grenze des Versuchs ist er sich ja bewußt, hinter sich zu haben. Offenbar kann es aber bei der ganzen Frage über das freiwillige Abstehen vom Versuche vornämlich nur auf die Subjektivität des Thäters ankommen, nur darauf, in welchem Stadium er zu stehen glaubt. Wenn er nun glaubt, seine böse Absicht schon vollständig an die Aussenwelt entäussert zu haben, so liegt ja für ihn kein Versuch mehr vor, den er abbrechen könnte, sondern das freiwillige Zurücktreten wäre für ihn eine zu spät kommende Reue. — Man könnte etwa einwenden wollen, nach diesem Principe müßte man auch dann nach der Meinung des Thäters sich richten, wenn dieser etwa bereits ein Delikt vollendet hätte, aber noch bei einem bloßen Versuche zu stehen meinte, z. B. bei einem

mittelst Fälschung versuchten Betruge, wo der Thäter die bereits vollbrachte Fälschung als bloßen Versuch des Betrugs auffassen könnte. Allein es ist leicht zu bemerken, daß diese Einwendung schief wäre, weil in dem vorausgesetzten Fall ein nicht zu beachtender Rechtsirrthum vorhanden wäre, während dem wahren Falle des beendigten Versuchs stets ein faktischer Irrthum zu Grund liegt, nämlich der irrige Glaube, daß der Thäter alles zur Hervorbringung des Verbrechens Erforderliche geleistet habe, während es sich objektiv anders verhält. Was aber insbesondere die schon oben (§. 121) ausgehobene Bemerkung von Zachariä betrifft, daß zwei moralisch gleiche Fälle juristisch ungleiche Behandlung erfahren und daß wir uns hierüber mit dem auch sonst stattfindenden Einflusse des Zufalls trösten müssen, so wird nun klar seyn, warum diese Bemerkung auch von dem richtigen Begriffe des beendigten Versuchs aus schief ist. Ohne Zweifel nämlich wird man in einem Falle, wo der Thäter noch die Möglichkeit in der Hand hat, den wirklichen Eintritt des Erfolgs abzuwenden, und diese Möglichkeit benützt, gar nicht sagen können, daß er einen bereits beendigten Versuch wieder aufgegeben habe. Vielmehr wird hier der Versuch erst dann ein beendigter, wenn der Thäter jene Möglichkeit nicht benützt; denn erst dann kann er glauben, alles seinerseits Erforderliche geleistet zu haben, während dieses Bewußtsein unmöglich ist, solang der Thäter weiß, daß er den Erfolg noch abwenden könne.

Das Resultat wäre also dies: Bei allen Verbrechen läßt sich ein bestimmter Anfangspunkt des strafbaren Versuchs fixiren. Von diesem Momente an wächst mit dem Fortschritt der Thätigkeit die Intensität der Schuld stetig fort bis zu dem Momente, wo die Absicht voll-

ständig in die Objektivität umschlägt, d. h. das Verbrechen seine Vollendung erhält. In diesem quantitativen Progresse lassen sich jedoch keine qualitativen Unterschiede, d. h. Grade fixiren. Wohl aber läßt sich der Punkt aufzeigen, wo die fortschreitende Handlung jedenfalls die Grenze des Versuchsgebiets erreicht. Dieser Punkt liegt dann vor, wenn der Thäter mit seiner Thätigkeit zu Ende zu seyn glaubt. Entweder ist dieser Glaube objektiv gegründet, — dies ist der Fall, wenn der Thäter in concreto taugliche Mittel gegen ein in concreto taugliches Objekt angewandt hat, — dann schlägt die Handlung unmittelbar in die Vollendung, in die positive Existenz des Verbrechens um. Oder jener Glaube beruht auf einem Irrthum, — dies ist der Fall, wenn der Thäter die äusseren Umstände oder den darin wirksamen Naturkausalismus nicht richtig berechnet oder geleitet hat, so daß nun gegen seine Erwartung und seinen Willen die beabsichtigte Wirkung ausbleibt, — dann liegt ein beendigter Versuch vor. In diesem Falle nun ist so wenig mehr ein freiwilliges Zurücktreten möglich, als nach vollendetem Verbrechen, weil in demselben das Verbrechen wenigstens subjektiv, für den Handelnden bereits vollendet ist. Diese Grenze des Versuchs ist aber eine allgemeine, bei allen Verbrechen mögliche, und man hat daher kein Recht, in dieser Beziehung formelle und materielle Delikte zu unterscheiden; vielmehr muß die Eintheilung des Versuchs in beendigten und nicht beendigten als eine durchgreifende betrachtet werden. Letztres erkennt auch z. B. das Wirtemb. Strafgb. an, obgleich es allerdings den beendigten Versuch (Art. 64) unrichtiger Weise zu eng und so definirt, als bezöge sich dieser Begriff nur auf die Klasse der sogen. materiellen Verbrechen. Denn im Art. 72 ist dieser Mangel wieder verbessert. Indessen

ist hier auch insofern der Begriff des beendigten Versuchs falsch angegeben, als mit Zachariä gefordert wird, daß der Thäter Alles gethan habe, was von seiner Seite zur Vollendung nöthig gewesen sei. Dagegen ist aber Hufnagel Kommentar I. S. 130—132 zu vergleichen. — Eine andre Frage ist nun übrigens wieder die, ob bei der Bestrafung der Versuchshandlungen immer der gleiche Maßstab zu Grund zu legen, ob also der Fortschritt der äussern Thätigkeit das einzige Moment zur Messung der Schuld sei?

§. 124.

Wenn nun aber zwischen dem Anfangs- und Endpunkte die verbrecherische Qualität des Versuchs mit dem Fortschritte der äusseren Thätigkeit sich steigert, weil dieser Fortschritt ein Wachsen der Intensität der Schuld mit sich bringt, so kann für diese Steigerung doch nicht in allen Fällen der gleiche Maßstab bestehen. Vielmehr macht die objektive Beschaffenheit der Handlung, zwar nicht für sich, sondern eben nur, wie immer beim Versuche, als Erscheinung der darin manifestirten verbrecherischen Subjektivität, noch in einem weiteren Unterschiede sich geltend. Dieser Unterschied liegt nicht etwa darin, daß eine Versuchshandlung um so verbrecherischer ist, je mehr sie schon objektiv rechtsverletzend geworden ist. Denn so wahr dies ist, so wenig gehört es zum Wesen des Versuchs als solchen, das nie von der äusserlichen Seite der Handlung für sich her Bestimmungen annehmen kann. Entweder lag einer solchen Rechtsverletzung eine von der Hauptabsicht unterscheidbare eigenthümliche Absicht zu Grunde (es sollte das wirklich existent gewordene Verbrechen nur als Mittel für die Begehung eines weiteren dienen); — dann liegt nur eine Konkurrenz des Versuchs mit einem andern Verbrechen vor. Oder die existent gewordene Rechtsverletzung bildet nur einen wesentlichen Theil vom Thatbestande des allein beabsichtigten Verbrechens;

dann fällt die größere verbrecherische Qualität eines solchen Versuchs unter das obige Gesetz von der Steigerung der Schuld, die im Fortschritte der Handlung liegt. — Dagegen liegt nun der gedachte Unterschied darin, daß eine objektiv schlechthin untaugliche Versuchshandlung stets für minder strafbar gehalten werden muß, als eine an sich objektiv taugliche. So wenig es wahr ist, daß eine Handlung der ersteren Art überall nicht verbrecherisch sei, so gewiß ist doch, daß eine Handlung, welche in sich selbst die Unmöglichkeit der Vollendung trägt, von geringerer verbrecherischer Qualität ist, als eine solche, welche diesen Mangel nicht hat. Obgleich nämlich auch eine an sich taugliche Versuchshandlung sich im konkreten Falle als eine unzulängliche darstellt, sofern der Thäter in den äusseren Kausalismus auf eine irgendwie ungeschickte Weise eingegriffen hat, so ist jenes doch in doppeltem Maße bei den an sich untauglichen Versuchsakten der Fall. Wenn nun die geringere Strafbarkeit des Versuchs überhaupt daraus folgt, daß erst mit dem Fortschritte der äusseren Thätigkeit die Intensität des bösen Willens sich immer tiefer aktualisirt, daher das Maß der Strafe für den Versuch in Proportion zu der Strafe der Vollendung der Handlung stehen muß, so tritt eben bei den untauglichen Versuchshandlungen ein andrer letzter Punkt an's Ende der Reihe, als bei den tauglichen, nämlich nicht das vollendete Verbrechen, welches bei jenen gar nicht möglich ist, sondern eben nur der beendigte Versuch, als das Letzte, wozu sie es überall bringen können. Dies scheint zwar eine rein objektive Bestimmung zu seyn, da der Thäter auch bei der untauglichen Versuchshandlung nicht bloß die Beendigung des Versuchs, sondern die wirkliche Vollendung des Verbrechens beabsichtigt. Allein, wenn man bedenkt, daß zum Willen nothwendig auch das Wissen gehört, so erhellt leicht, daß ein böser Wille, dem sein Wissen adäquat ist, intensiv stärker seyn muß, als ein solcher, bei dem das

Gegentheil stattfindet. Eben von diesem inneren Widerspruch in der verbrecherischen Subjektivität, wie er bei der untauglichen Versuchshandlung stattfindet, ist es nur die äusserliche Erscheinung, daß die letztere ihren Endpunkt da hat, wo bei der tauglichen erst der Versuch beendigt ist, eben weil jener innere Widerspruch die Unmöglichkeit der äusseren Realisirung der Absicht bedingt.

Anm. — Die hier gegebene Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlung wäre freilich überflüssig, wenn Zachariä mit der Behauptung Recht hätte, daß eine solche stets nur unter die Kategorie des nicht beendigten Versuchs gestellt werden dürfe. II. §. 163. Allein es wurde schon oben gezeigt, daß diese Behauptung mit einer unrichtigen Auffassung des beendigten Versuchs überhaupt zusammenhänge. — Sie wäre ferner überflüssig, wenn die Behauptung richtig wäre, daß beim Versuch die Schädlichkeit, resp. Gefährlichkeit der äusseren Handlung für sich über die relative Strafbarkeit entscheide. Allein auch diese Ansicht wurde als irrig nachgewiesen und gezeigt, daß beim Versuche überall die äussere Thätigkeit für sich ohne Bedeutung, und nur als Erscheinung der verbrecherischen Subjektivität von Gewicht sei. Will man mithin die geringere Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen deduciren, so darf man nicht von der objektiven, sondern man muß von der subjektiven Seite ausgehen. Man muß zeigen, daß der in ihnen sich manifestirende verbrecherische Wille von geringerer Intensität sei. Dies geschieht nun im obigen Paragraphen. Daß darin aber kein Widerspruch gegen den oben mehrfach ausgesprochenen Satz liege, daß auch die nur unzulänglichen (gewöhnlichen) Versuchshandlungen sich in concreto als untaugliche beweisen, daß daher die Verwerfung der Strafbarkeit der in abstracto untauglichen konsequenter

Weise auf die Verwerfung der Strafbarkeit des Versuchs überhaupt führen würde, weil der von der objektiven Gefährlichkeit hergenommene Grund für alle Versuchshandlungen passe, — das ist leicht zu bemerken. Denn, wenn wir alle Versuchshaudlungen, die tauglichen und die untauglichen, eben nur um der in ihnen manifestirten Subjektivität willen für verbrecherische und hiebei die objektive Beschaffenheit der äusseren Thätigkeit für sich für indifferent erklären, so ist damit noch nicht gesagt, daß auch in beiden Arten von Handlungen das gleiche Maß verbrecherischer Subjektivität liege. Vielmehr eben dies ist nun erst die Frage, die sich nach den im Paragraphen angegebenen Momenten entscheidet [1]).

Daß hiebei die äussere Beschaffenheit der Handlung für sich kein Gewicht habe, das liegt in der ganzen bisherigen Entwicklung. Und eben aus dieser geht auch das im Paragraphen weiterhin Angegebene hervor: daß die mit einer Versuchshandlung verbundene mehr oder minder rechtsverletzende Qualität für sich kein Moment für deren relative Strafbarkeit seyn kann. Denn entweder liegt hier ein qualificirter Versuch vor, d. h. es lassen sich zweierlei Verbrechen unterscheiden, die sich wie Zweck und Mittel verhalten, — dann fällt das vollendete Verbrechen ganz ausserhalb des Gebiets der Versuchsfragen: oder es liegt nur ein Verbrechen vor, zu dessen Thatbestande aber die bereits existent gewordene Rechtsverletzung wesentlich gehört; dann kann, wie Zachariä II. S. 76—78 vgl. I. §. 140 ganz richtig ausführt, von keinem qualificirten Versuche die Rede seyn; allein es ist an dem Falle auch nichts Besonderes, vielmehr fällt er einfach unter die allgemeine Regel, daß der Versuch um

---

1) Vgl. Oersted Grundregeln. S. 164—180.

so verbrecherischer ist, je weiter die Handlung zur Vollendung fortgeschritten ist.

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte es vielleicht nun dennoch scheinen, als ob der obigen Deduktion der geringeren Strafbarkeit der untauglichen Versuchshandlungen eine selbständige Berücksichtigung der objektiven Seite zu Grunde läge. Und in einem gewissen Sinne muß dies auch zugegeben werden, übrigens ohne daß die Entwicklung der geringste Vorwurf der Inkonsequenz treffen könnte. Der Satz nämlich, daß Alles auf die Subjektivität ankomme, hat eben nur innerhalb des Versuchsgebiets selbst seine Wahrheit; er verliert sie aber, sobald der Versuch in die Vollendung übergeht, da eben in der Vollendung die im Versuch frei und selbständig gewordene Subjektivität wieder zur Objektivität zurückkehrt, und die Totalität der Handlung aus der vermittelten Einheit beider Seiten resultirt. Eben daher wurde auch schon oben (§. 119) ausgeführt, daß das Willensmoment im Versuche nicht als Vorsatz, sondern nur als Absicht bestimmt werden dürfe, daß es vermöge seiner Beziehung auf die Totalität der Handlung eine objektive Maßbestimmtheit haben müsse. Ist nun aber als Endpunkt des Versuches überhaupt sein durch die objektive (vom Belieben des handelnden Subjekts unabhängige) Natur der Handlung bestimmtes Ziel anzuerkennen und in Proportion zu diesem seine verbrecherische Größe, hiemit seine Strafe, auszumessen, so ist klar, daß gedachter Endpunkt für eine an sich untaugliche Versuchshandlung ein andrer, auf der Skala der Strafbarkeit niedriger liegender seyn muß, als für eine an sich taugliche. Denn während ihn für letztere das vollendete Verbrechen bildet, so bildet ihn für erstere der beendigte Versuch, da es in der Natur einer solchen Handlung liegt, niemals die

Vollendung hervorbringen zu können. Allein es würde wieder eine sehr oberflächliche Betrachtung seyn, wenn man sagen wollte, daß hier die objektive Beschaffenheit der Handlung für sich in's Gewicht falle. Denn in der That haben ja menschliche Handlungen überall nicht, wie äussere Naturereignisse, eine objektive Beschaffenheit für sich, sondern erhalten sie stets, mittelbar oder unmittelbar, durch die darin sich ausprägende Subjektivität; daher der von Zachariä mehrfach wiederholte Trost, daß man ja im Strafrecht so oft vom Zufall sich die Rechnung machen lassen müsse, ein zwar bequemer, aber sehr schaler ist. Auch in unsrem Falle verhält es sich nun durchaus auf die angegebene Weise. Daß nämlich für die untaugliche Versuchshandlung den Endpunkt nicht das vollendete Verbrechen, sondern nur der beendigte Versuch ausmachen kann, daß sie daher stets um einen Grad niedriger bestraft werden muß, als die taugliche, — wie dies auch im Wirtemb. Strafgb. Art. 72 ganz richtig verordnet ist, — das ist nur die Konsequenz des inneren Widerspruchs, der in solchem Falle in der verbrecherischen Subjektivität selbst liegt, sofern ihr Wissen ihrem Wollen nicht adäquat ist, — ein Widerspruch, der nothwendig eine geringere Intensität des bösen Wollens bedingt, als da, wo er nicht stattfindet. Ganz nach demselben Gesetze geschieht es, wenn wir einem Menschen, der löbliche Zwecke mit schlechthin unzureichenden Mitteln verfolgt, nicht die gleiche Energie des sittlichen Willens zuerkennen, wie dem, welcher die rechten Mittel wählt [1]).

Indessen könnte diese ganze Beweisführung letzlich

---

1) S. auch Preuss. L.R. II. 20 §. 866. Wirt. Strafgb. Art. 72. Sächs. Gb. Art. 26. Hannöver. Entw. Art. 40. Bad. Entw. Art. 98. Bair. Entw. 1831 §. 48.

doch noch scheitern, wenn die Ansicht derjenigen richtig wäre, welche behaupten, daß, wenn auch die geringere Strafbarkeit des Versuchs im Allgemeinen zugegeben werde, doch wenigstens der beendigte Versuch in der Strafe dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt werden müsse [1]). Allein hiegegen ist gerade das vorhin Gesagte zu wiederholen, daß allerdings innerhalb des Versuchs-Gebietes selbst die Subjektivität das allein Bestimmende ist, daß aber dieser Satz sogleich unwahr wird, wenn es sich von der Totalität der verbrecherischen Handlung handelt. Diese ist eben nur die vermittelte Einheit des Willens- und des Thatmoments; und, da das Verbrechen wesentlich Handlung ist, so kann auch nur die vollendete Handlung den vollen Begriff desselben darstellen. Daraus folgt aber von selbst, daß nicht das volle Verbrechen vorliegen kann, wo entweder das Willensmoment dem Thatmoment nicht adäquat ist, wie beim Versehen, oder wo der umgekehrte Fall eintritt, wie beim Versuch. Eben diese Unangemessenheit des Thatmoments findet aber auch beim beendigten Versuche vollkommen statt. Bei dieser Frage hat daher Zachariä [2]) durchaus Recht, wenn er sich auf die Wesentlichkeit der objektiven Seite und auf den Unterschied der rechtlichen und moralischen Zurechnung beruft.

C) Die Vollendung.

§. 125.

Im Versuche erschien das Thatmoment als hinter das Willensmoment zurückgetreten, als dessen unangemessene Erscheinung, die ihre Bedeutung eben nur durch die in ihr

1) s. die bei Zachariä II. S. 65. n. 1. Angeführten.

2) II. §. 178. Der Inhalt des §. 177 verstand sich so sehr von selbst, daß er wohl wegbleiben konnte.

reflektirte Subjektivität erhielt. Allein das, so als das Alleinbestimmende gesetzte, Willensmoment mußte gleichwohl auch andrerseits sich als bestimmt durch die objektive Natur der Handlung anerkennen. Denn einmal durfte es sich nicht in der Form des subjektivbeliebigen Vorsatzes, sondern nur in der bereits objektiv bestimmten Form der Absicht geltend machen. Sodann aber ergab sich, daß sich die Intensität des verbrecherischen Willens im Versuche eben nur nach dem Fortschritte der äusseren Thätigkeit zu dem objektiven Ziele der Absicht, d. h. nach ihrer Annäherung zu der objektiven Existenz des Verbrechens messen lasse. Die Wesentlichkeit der objektiven Seite erhält hiemit die konkretere Bedeutung, zwar nicht für sich das Wesen des Verbrechens, aber auch nicht bloß die für sich indifferente Erscheinung der verbrecherischen Absicht, sondern zur Totalität der verbrecherischen Handlung auch für sich wesentlich zu seyn. Indem sich aber solchergestalt die objektive Seite mit der subjektiven zur vermittelten Einheit der Totalität der verbrecherischen Handlung zusammenschließt, so stellt sich diese nunmehr, wie sie subjektiv gewendet als absichtliche Handlung erschien, objektiv gewendet als vollendetes Verbrechen dar.

Anm. — Im vorigen Abschnitte hat sich die Subjektivität der Handlung für sich geltend gemacht, indem sie sich zunächst in der subjektiv willkürlichen Form des Vorsatzes setzte. Sie mußte aber im Versehen sich als abhängig von der objektiven Natur der Dinge bekennen und endlich als Absicht objektive Maßbestimmtheit annehmen. Hier hat sich nun die Objektivität der Handlung für sich geltend gemacht und sich zunächst als das abstrakt Wesentliche, in sich selbst die Totalität der verbrecherischen Handlung Enthaltende gesetzt. Im Versuche zeigte sich aber sofort, daß auch eine äusserlich ganz indifferent und unschuldig erscheinende Handlung gleich-

wohl als verbrecherisch betrachtet werden muß, weil sich in ihr eine verbrecherische Subjektivität, wenn auch auf nicht adäquate Weise, manifestirt. Es mußte daher umgekehrt die objektive Seite sich als abhängig von der subjektiven bekennen. Beide Forderungen, die der objektiven und die der subjektiven Bestimmtheit, gehen nun in dem Begriffe des vollendeten Verbrechens zur vermittelten Einheit zusammen, d. h. zu der Einheit, in welcher die beiden Momente gegenseitig durch einander gesetzt erscheinen. Wie namentlich auch die im Versuch überwiegend freigewordene Subjektivität doch wieder durch die objektive Seite sich bestimmen lassen müsse, das ist im §. näher angegeben. Hiemit ist nun nach der objektiven Seite hin die Totalität der Handlung aus der Differenz ihrer Momente (im Versuch) eben so wieder hergestellt, wie sie sich nach der subjektiven Seite hin aus der entsprechenden Differenz (im Versehen) im Begriff der absichtlichen Handlung wieder herstellte. Es stellen sich hiemit doloses Verbrechen und vollendetes Verbrechen als Bezeichnungen einer und derselben Sache, nur unter verschiedenen Gesichtspunkten dar [1]). Zugleich ergiebt sich, was schon zu §. 119 angedeutet wurde, daß die Bezeichnung: vollendetes Verbrechen überall nur von dolosen, nicht aber von kulposen Handlungen gebraucht werden kann.

§. 126.

Wann nun ein Verbrechen als vollendet anzusehen sei, das bestimmt sich lediglich aus der inneren Natur und dem Begriffe desselben. Das Nähere davon kann erst bei der Darstellung der besonderen Verbrechen ausgeführt, indessen

---

1) Berner a. a. O. S. 175.

kann schon hier das, freilich sehr abstrakte, Princip aufgestellt werden, daß der Moment der Vollendung jedes Mal dann eintrete, wenn das den Gegenstand des Verbrechens bildende Recht als Recht wirklich verletzt erscheine. Dabei kann der gewöhnlich aufgestellte Unterschied zwischen materialen und formalen Verbrechen als oberflächlich und nichtssagend bei Seite gelassen werden [1]).

Anm. — Die eben gedachte Unterscheidung ist eine der heutigen Doktrin sehr geläufige, gehört aber zu den vielen ähnlichen, die nur für das am Aeusserlichen klebende Denken einigen Werth haben. Bedeutend wäre sie nur dann, wenn sich die Ansicht halten ließe, daß das Stadium des beendigten Versuchs bloß bei den sogen. materialen Verbrechen möglich sei, was aber, wie gesagt, nicht der Fall ist. — Wahr ist es allerdings, daß, äusserlich genommen, das Stadium der Vollendung bei den verschiedenen Verbrechen insofern verschieden festgesetzt zu seyn scheint, als bei einigen ein äusserer Erfolg, oder bestimmter gesagt, eine physische Veränderung des unmittelbaren Objekts der Handlung gefordert wird, bei andern nicht. Eben diese vermeintliche Ungleichheit hat man auch wohl dem positiven Rechte schon zum Vorwurfe gemacht, indem man sagte [2]), die Strafe sei auf den Willen zu beziehen, vom Zufall dürfe dabei nichts abhängig gemacht werden, der Gesetzgeber könne nicht darauf ausgehen, die Wirkungen der menschlichen Handlungen zu bestimmen. Allein mit Recht werden diese Vorwürfe von Andern zurückgewiesen, so namentlich von Zachariä II. §. 178, der sogleich den Hauptgrund, daß im Strafrecht das Thatmoment wesentlich sei, richtig

---

1) Vgl. Heffter §. 59. Anm. 2.

2) Grolman Grundsätze §. 89. Oersted Grundregeln S. 163 ff.

voranstellt, sodann aber sehr treffend insbesondere darauf aufmerksam macht, „daß, abgesehen von der freien Selbstbestimmung des Willens, überall keine menschliche Handlung unbedingt potestativ sei, daß mithin der Gesetzgeber, wenn er die gewöhnlich durch den Willen bestimmbare äussere Thätigkeit des Menschen als Bedingung für die Strafbarkeit berücksichtigen müsse, folgeweise auch die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge durch die äussere Thätigkeit hervorzurufende Wirkung der äusseren Thätigkeit in den Begriff des Verbrechens müsse aufnehmen dürfen." — In einer Anm. setzt er hinzu: „Dieß gilt von allen Verbrechen, welche in Verletzung materieller Rechte bestehen, und der Unterschied zwischen den Verbrechen, welche erst durch den Eintritt eines gewissen Erfolges, und denjenigen, welche schon durch bloße verbrecherische Thätigkeit vollendet werden, liegt nur darin, daß in gewissen Fällen erst durch die Aufhebung oder Störung eines gewissen physischen Zustandes das Recht selbst als verletzt betrachtet werden kann, während da, wo das Recht bloß in der Vorstellung existirt (ein Gleiches gilt von den Vergehen gegen die Sittlichkeit), die Verletzung schon durch die bloße Thätigkeit als konsummirt erscheint." Hiemit ist im Wesentlichen das Richtige angedeutet, und als weitere Ausführung davon können zunächst die §§. 12 und 13 in Bd. I. gelten, wenn gleich weder die Ausdrücke für gehörig präcis, noch die Beispiele für durchaus richtig gehalten werden können [1]). Das Nähere kann erst bei der Darstellung der besondern Verbrechen angegeben werden, wo denn aus der Entwicklung der allgemeinen Natur eines jeden von selbst hervorgehen wird, worin

1) s. auch **Ketelholdt de Consummatione.**

das verletzte Recht und hiemit auch die Verletzung selbst ihre adäquate Existenz haben. Um nur ein Beispiel vorläufig anzuführen, so ist das Objekt der Fälschung die fides publica, deshalb das Verbrechen jedes Mal konsummirt, sobald (wie Heffter[1]) richtig sagt) das wahrheitswidrige Handeln in der speciell vorausgesetzten Form soweit gediehen ist, daß daraus eine wirkliche Täuschung Mehrerer entstehen kann, ohne daß es mehr in des Thäters Macht läge, diese Wirkung zu verhindern; dagegen ist das Objekt des Betrugs die im Eigenthum, näher im Verkehrsverhältnisse vermittelte Persönlichkeit, und deßhalb ist der Betrug erst dann konsummirt, wenn eine wirkliche Täuschung der Person erfolgt und derselben hieraus ein Schaden zugegangen ist. Es wird sich aber eben zeigen, daß das Erforderniß eines solchen materiellen, handgreiflichen Erfolgs einfach in der Natur des Privatrechts und seiner äusserlich unmittelbaren Existenz liegt, während anderen Rechten eine vermittelte Existenz zukommt, daher dann auch ihre Verletzung nicht eine so physisch greifbare Existenz erfordert, daß aber dieser ganze Unterschied weder einen wissenschaftlichen, noch einen praktischen Werth hat, — letzteren nicht aus dem oben angef. Grunde, ersteren aber deshalb nicht, weil es für den Begriff der Verletzung gleichgiltig ist, ob sie eine unmittelbar sinnliche, oder eine vermittelte Existenz habe, vielmehr wesentlich nur das ist, daß sie eben da ihre Existenz haben müsse, wo das Recht solche hat, welches den Gegenstand der Verletzung bildet.

§. 127.

Alle wirklichen dolosen Verbrechen lassen den Begriff

---

1) Lehrbuch §. 385.

der Vollendung und somit auch den des Versuchs zu. Denn alle sind wesentlich Handlungen, die in den Verlauf der Zeit fallen und ein Fortschreiten der äusseren Thätigkeit bis zu einem gewissen Punkte fordern, zugleich aber sind sie sämmtlich als Handlungen dem Naturkausalismus unterworfen, vermöge dessen das Subjekt über die äusseren Umstände und Bedingungen seines Handelns nicht vollständig Herr und daher der Möglichkeit ausgesetzt ist, trotz der Absicht der Vollendung es doch nur bis zum Versuche zu bringen.

Anm. — Es ist eine neuerdings vielbesprochene Frage, ob überhaupt alle dolosen Verbrechen einen Versuch zulassen, ob es nicht vielmehr solche gebe, mit denen das Gegentheil stattfinde, „weil jede äussere Handlung, sie möge beschaffen seyn, wie sie wolle, es möge viel oder wenig geschehen seyn, entweder schon vollständig dem gesetzlichen Begriffe entspreche oder rechtlich gleichgiltig sei, sofern sie auf das Dasein des dolus nicht schließen lasse." [1]) — Als solche Handlungen glaubte Mittermaier [2]) die Kinderaussetzung, die Unterschlagung, die Excesse in Ausübung eines Rechts, den Hochverrath, die Majestätsbeleidigung, die Injurien und die Verbrechen im Affekte geltend machen zu können. Was den Affekt betrifft, so ist davon schon oben das Nöthige angeführt worden. In Beziehung auf die übrigen Momente aber ist im Wesentlichen der sorgfältigen Gegenausführung von Zachariä [3]) beizupflichten, der ganz treffend sagt: „Mögen auch die äusseren Handlungen noch so rasch aufeinander folgen, mögen sie, wenn das Verbrechen vollendet ist, scheinbar in einen Moment

1) Zachariä I. §. 32.

2) N. Arch. IV. S. 17. ff., vgl. Pratobevera Materialien VI. S. 358. Martin §. 49. n. 2. Rossi II. S. 266.

3) I. §. 43—47. vgl. Bauer Lehrb. §. 67. n. a.

zusammenfallen, so ist doch dieß eben nur scheinbar, und — abgesehen davon, daß die Bewirkung des äussern zum Begriff des Verbrechens nothwendigen Erfolgs eigentlich nie allein vom Willen und der Thätigkeit des Verbrechers abhängig ist, sondern das Zusammenwirken von Naturkräften erfordert, — ist in der Regel zur Erreichung des verbrecherischen Zwecks die Ergreifung und Benützung verschiedener Mittel nothwendig, bei der sich eine entweder aus einer konträren Willensbestimmung des Handelnden oder aus äusseren Hindernissen hervorgehende Unterbrechung sehr wohl denken läßt.“ I. §. 33. Gleichwohl kann in mehreren Punkten Zachariä nicht beigestimmt werden. Zunächst nicht darin, daß er bei dieser Argumentation überall nur die sogen. materiellen Verbrechen im Auge hat, mithin den andern im §en angegebenen Grund, der sich auf alle, vornämlich aber auf die sogen. formellen Verbrechen bezieht, geradezu ignorirt. Sodann aber erfordert das, was Z. über die Unterlassungs-Verbrechen, und das, was er über die Injurien sagt, gleichfalls eine Berichtigung. Was erstere betrifft, so hat er zwar in der Sache Recht, Unrecht aber darin, daß er unter der Rubrik: Unterlassungs-Verbrechen Dinge zusammenstellt, die nicht zusammen gehören. Schon oben wurde nämlich bemerkt, daß Luden ganz Recht habe, wenn er unter Unterlassungsverbrechen nur solche verstanden haben will, die eben nur durch Unterlassung eines gesetzlich gebotenen Handelns begangen werden können, nicht aber solche Unterlassungen, wodurch ein Verbrechen entsteht, das ebensowohl auch durch positive Handlungen begangen werden kann. Von letzteren behauptet nun Zachariä ganz mit Recht, daß bei ihnen ein Versuch möglich sei, während er es von den ersteren läugnet. Dieß ergiebt aber keine Anomalie, da, wie

schon oben bemerkt wurde, die Unterlassungsverbrechen, welche allein diesen Namen verdienen, nur die Natur von Polizeivergehen haben [1]. Was sodann die Injurien betrifft, so wird von Zachariä richtig anerkannt, daß die symbolischen, die schriftlichen und die Realinjurien einen Versuch allerdings zulassen; dagegen glaubt er dieß für die Verbalinjurien läugnen zu müssen, weil als Mittel hier das Wort diene, das, so lange es nicht ausgesprochen werde, bloßer Gedanke, hiemit kein Gegenstand des Strafrechts sei. Allein dagegen ist zu bemerken, daß auch bei der Verbalinjurie ein Versuch wenigstens in der Weise möglich ist, daß der Thäter sich im Objekt oder Mittel vergreift; jedoch, auch hievon abgesehen, läßt sich ein Versuch bei Verbalinjurien gar wohl denken, da sich die injuriöse Absicht sehr deutlich in Miene und Geberde ausprägen kann. Wenn nun allerdings Gedanken, selbst injuriöse, zollfrei sind, so gilt dieß doch nicht auch von der Aeusserung der Gedanken. Vollendet ist freilich ferner die Aeusserung des injuriösen Gedankens erst dann, wenn er im Wort sich verkörpert hat; allein das dem Ausbruch des injuriösen Worts (oder gar eines Stromes von Schmähungen) vorhergehende, die Absicht bereits äussernde Benehmen kann allerdings ganz mit Recht als Versuch bezeichnet werden, wenn nun noch eine Unterbrechung erfolgt, weil vielleicht der Injuriant eine Person unter der Gesellschaft entdeckt, bei deren Anblick ihm das Wort auf der Lippe erstirbt. Hierauf zu bestehen, ist um so wichtiger, da aus der gegentheiligen Ansicht konsequenterweise folgt, daß gegen Verbalinjurien auch keine Nothwehr zuläßig sei.

---

1) s. auch Jenull Oestr. Krim. Recht. I. S. 198. Bauer Abh. I. S. 338.

§. 128.

So wenig als durch das Zusammentreffen von dolus und culpa ein besonderer Schuldgrad begründet wird (§. 112), ebensowenig geschieht dieß durch das Zusammentreffen eines Versuchs mit einem vollendeten Verbrechen oder mit einem kulposen Erfolg.

Anm. — Da man ein kulposes Vergehen, richtig angesehen, gar nicht unter den Begriff des vollendeten Verbrechens subsumiren kann, so gehört der Fall der Konkurrenz eines Versuchs mit einem kulposen Erfolg eigentlich gar nicht hierher, sondern wäre, als schon im vorigen Kapitel abgemacht, hier lediglich zu übergehen gewesen, wenn nicht die Behandlungsweise neuerer Schriftsteller es erforderlich machte, hier nochmals auch auf jenen Fall zurückzukommen [1]. — Zachariä I. §. 39—49 schließt zunächst mit Recht von der Betrachtung alle diejenigen Fälle aus, in welchen durch ganz verschiedene, in keinem Zusammenhang stehende, nicht hinsichtlich des nämlichen Gegenstandes verübte Handlungen eine materielle Konkurrenz eines vollendeten und eines versuchten Verbrechens vorliegt [2]. Dagegen unterwirft er die Fälle der idealen Konkurrenz und eine bestimmte Art von Fällen der materiellen Konkurrenz einer ausführlichen Betrachtung. Was die ersteren betrifft, so löst sich die Frage wieder in vier besondere Fragen auf: 1) ob überall eine solche Konkurrenz juristisch behauptet werden könne, wo Jemand eine auf Verübung eines Verbrechens gerichtete Handlung vornimmt, welche, wenn man des Verbrechers weiter gehende Absicht unberücksichtigt läßt, schon ein selbständiges Delikt bildet

1) s. Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 43.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 391—396.

(qualificirter Versuch)? Ganz treffend unterscheidet hier Z., ob die auf Verübung des beabsichtigten Verbrechens gerichtete Handlung wesentlicher Theil des Thatbestandes des letzteren sei, oder nicht, und schließt im ersten Fall den Begriff des qualificirten Versuchs aus (vgl. oben §. 124), während er ihn im letzteren zuläßt [1]). Der Unterschied, den er hier weiter macht [2]), ob die begangene Handlung zu der weiter beabsichtigten im Verhältniß der bloßen Vorbereitung gestanden oder ob sie bereits einen Anfang der Ausführung derselben enthalten habe, hängt mit der schon oben abgemachten Streitfrage über den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs zusammen und kann hier bei Seite gelassen werden, da er das Princip der vorliegenden Frage nicht berührt [3]). 2) Ob, wenn Jemand ein Verbrechen verübt mit der eventuellen Absicht, falls es zur Durchführung dieses Verbrechens nöthig seyn sollte, noch ein weiteres zu begehen, jenes erste Verbrechen zugleich als Versuch des zweiten, eventuell beabsichtigten zu betrachten sei? Wie sich von selbst versteht, wird diese Frage verneint, weil der Thäter im vorausgesetzten Fall das wirklich begangene Verbrechen keineswegs als Vorbereitung des weiteren eventuell beabsichtigten begieng, mithin mit der Verübung des letzteren noch auf keine Weise einen Anfang gemacht hatte, die nuda cogitatio aber nicht in das Gebiet des Strafrechts gehört [4]). 3) Bespricht Z. den Irrthum in

---

1) Nur die Beispiele sind nicht gut gewählt. s. Bauer Abh. I. S. 397—399.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 393.

3) Es ist nicht gerechtfertigt, wenn Weber im N. Arch. IV. S. 41. den beendigten Versuch von dieser Art von Konkurrenz ausschließt.

4) Bauer Abh. I. S. 93.

der Person des Verletzten und die aberrationes ictus, Fragen, die schon oben abgehandelt sind. 4) Endlich fragt er, ob, wenn das Gesetz verschiedene Grade oder Species des nämlichen Verbrechens unterscheide, die Vollendung aber der Absicht des Thäters nicht entspreche, von idealer Konkurrenz eines versuchten und vollendeten Verbrechens derselben Art gesprochen werden könne? Seine Entscheidung in Beziehung auf diesen Punkt kann nicht für erschöpfend gelten. Vielmehr wird hier zu unterscheiden seyn, ob dem Mißverhältniß zwischen Absicht und Umfang des Erfolges ein Irrthum des Thäters zu Grunde lag oder nicht. Im ersten Falle müssen einfach die im §. 109 entwickelten Grundsätze zur Anwendung kommen. Wenn mithin ein Dieb nur einen kleinen Diebstahl beabsichtigte und auch nur einen kleinen zu begehen glaubte, während er im Irrthum einen großen begieng, so ist ihm nur ein kleiner zuzurechnen, wie dieß auch Z. zugiebt. Im umgekehrten Falle dagegen, d. h. wenn er einen großen beabsichtigte und zu begehen glaubte, während er im Irrthum nur einen kleinen begieng, muß ihm ein vollendeter kleiner Diebstahl in idealer Konkurrenz mit dem Versuche eines großen zugerechnet werden. Was dagegen Zachariä vorbringt, ist nicht stichhaltig. Er sagt, man habe zu unterscheiden, ob das Gesetz die Grade oder Species nach objektiven oder subjektiven Gesichtspunkten abgestuft habe; im ersteren Falle könne nun die weitergehende Absicht schlechthin nicht berücksichtigt werden, aber auch nicht einmal im zweiten. Letzteres ist ganz unbegreiflich, da die Behauptung eine contradictio in adjecto enthält. Aber auch Ersteres will nichts heißen. Denn die objektiven oder subjektiven Gesichtspunkte, wornach Arten und Grade der Verbrechen abgestuft werden, können ja nie

abstrakt für sich gelten. Liegt der subjektiv schwerere Grad vor, so kann er nicht bestraft werden, wenn nicht neben der Absicht die äussere That oder ein Anfang dazu sich vorfindet; liegt der objektiv schwerere Grad vor, so setzt seine Bestrafung die Absicht dazu voraus. Wäre es nun wahr, was Z. sagt, — daß ein Gesetz nur nach objektivem Gesichtspunkte abstufe, so müßte ein objektiv schwererer Grad als solcher auch dann gestraft werden, wenn sich keine darauf gerichtete Absicht erweisen ließe. Kann dieß aber nicht seyn, wie Jeder zugeben wird, so muß auch die auf das objektive Mehr gerichtete Absicht, sobald sie überall in That übergegangen ist, mit der Versuchsstrafe belegt werden. Es scheint übrigens, daß hier oft verschiedene Fälle verwechselt werden [1]; wenigstens deuten die Beispiele bei Zachariä darauf hin. Das bisher Gesagte nämlich gilt eben nur von dem Fall des faktischen Irrthums, in welchem der Thäter bei der Handlung selbst sich befand. Ganz anders verhält es sich aber natürlich, wenn der Dieb, der weniger stehlen wollte, mehr vorfand und dieses Mehr wohlwissentlich mitnahm, oder wenn er mehr stehlen wollte, aber weniger vorfand und dieses Wenige wissentlich mitnahm (oder wenn er einbrechen oder einsteigen wollte, aber die Thüre offen fand). Denn in beiden Fällen ist die erste Absicht, als nuda cogitatio, irrelevant, und es kann nur auf die wirklich ausgeführte ankommen [2]. — Was dagegen die Fälle der materiellen Konkurrenz betrifft, so spricht hier Z. hauptsächlich von denjenigen, die oben unter den Begriff des generellen dolus gestellt worden sind. Er bringt aber damit noch den Fall in Verbindung,

1) Vgl. Mittermaier N. Arch. IV. S. 11. 12.
2) Kitka u. v. Skari in Wagners Zeitschrift a. a. O.

wenn Jemand einen rechtswidrigen Erfolg kulpos herbeigeführt hat und nun im Irrthum eben diesen Erfolg erst noch absichtlich hervorzubringen strebt. Nach Z. soll im letzteren Falle nur ein kulposes Verbrechen, im ersteren Falle aber wegen culpa dolo determinata gestraft werden. Allein die Sache verhält sich gerade umgekehrt, d. h. im ersteren Falle liegt nur Ein Verbrechen aus dolus generalis, im zweiten dagegen ein kulposes Verbrechen in Konkurrenz mit einem versuchten dolosen vor (s. o.). —

C. Die Handlung als vermittelte Einheit der objektiven und subjektiven Seite.

§. 129.

Der in seine Momente auseinandergelegte Begriff der Handlung hat sich nun zur vermittelten Einheit dieser Momente wiederhergestellt, indem jedes derselben, für sich gesetzt, das andre forderte und selbst das Ueberwiegen der einen oder der andern Seite (im Versehen und im Versuch) nicht zum Ausschließen je der andern Seite fortgehen durfte, wenn nicht der Begriff der Handlung verloren gehen und hiemit die Zurechnung (beim bloßen Entschluß ohne That, und bei der bloßen, willenlosen That) aufhören sollte. Das Resultat ist also, daß die Schuld in allen ihren Arten und Graden eine wirkliche Handlung, d. h. eine Identität von Willen und That zur Grundlage haben muß. Zugleich aber ergiebt sich aus vorstehender Entwicklung des Schuldbegriffs noch bestimmter (vgl. §. 71), daß die Schuld beim Verbrechen nur in freier Kausalität bestehen, also nur einem Subjekte zugeschrieben, oder daß ein Verbrechen überall nur von einem (zurechnungsfähigen) menschlichen Individuum begangen werden kann.

Anm. — „Ob auch eine moralische Person, als solche ein Verbrechen begehen und bestraft werden

könne, ist wohl noch eine bloße Schulfrage. Jetzt wird sie fast allgemein geläugnet, und am einleuchtendsten aus dem Grunde, weil der moralischen Person, insofern sie von ihren physischen Gliedern, Verwaltern, getrennt gedacht wird, wie doch geschehen müßte, wenn sie selbst gestraft werden soll, — durchaus keine eigene Bewegung beigelegt, mithin auch keine eigene Schuld beigemessen werden kann; vielmehr würde sie um fremder Schuld willen gestraft werden, was einem der ersten Principien des Strafrechts widerspricht." Heffter §. 46. Anm. 1. A. M. Bauer Abh. I. S. 453—455, der dasselbe Resultat nur aus Gründen der Politik ableitet. Vergl. Feuerbach §. 28. und Mittermaier in der Note dazu.

§. 130.

Dieses Kausalitätsverhältniß eines freien Subjekts zu einer Handlung und ihren Folgen macht 1) den Begriff der Urheberschaft aus, der hiemit auf alle bisher entwickelten Arten und Grade der Schuld seine Anwendung findet. Doloser Urheber ist nämlich derjenige, auf dessen absichtliches Handeln eine verbrecherische Wirkung als auf ihr unmittelbar bestimmendes Princip zurückzuführen ist, kulposer Urheber dagegen Derjenige, in dessen fahrlässigem Handeln die mittelbare Ursache für einen rechtsverletzenden Erfolg lag. Im Begriffe der Urheberschaft ist aber nicht nur enthalten, daß die Handlung in ihrer Totalität überhaupt im Kausalitätsverhältnisse zu einem freien Subjekte stehe, sondern es liegt weiter auch noch dieß darin, daß der Handelnde in seinem Handeln sich selbst Zweck sei, weil er, wenn er nicht sich, sondern einen Andern als Zweck seines Handelns setzt, sich selbst zur bloß mittelbaren Ursache herab und den Andern in das wahre Kausalitätsverhältniß setzt. Da nun aber

letzteres möglich ist, und doch auch in einem solchen vermittelten Kausalitätsverhältnisse der Begriff der Schuld erhalten bleibt, so zeigt sich der Begriff der Urheberschaft als nicht erschöpfend, um das Kausalitätsverhältniß überhaupt auszudrücken. Vielmehr hat sich 2) bereits der Unterschied hervorgethan, daß der Handelnde sich selbst entweder als Zweck, oder als bloßes Mittel für einen fremden Zweck setzen kann. Der Urheberschaft gegenüber tritt hiemit die Beihilfe, als das vermittelte, von einem Andern gesetzte Kausalitätsverhältniß, das zu seinem reinen Gegensatze die intellektuelle Urheberschaft (Anstiftung), als das eine fremde Subjektivität zu ihrem bloßen Mittel herabsetzende Kausalitätsverhältniß, hat. Beide Momente gehen aber 3) in dem Begriff der wechselseitigen Theilnahme, Miturheberschaft, in eine neue, den Begriff des Kausalitätsverhältnisses nun erst erschöpfende Einheit zusammen.

Anm. — Bei der Lehre von der Urheberschaft hat das Ignoriren der organischen Selbstentwicklung des Begriffs mehr, als bei andern Lehren, geschadet, besonders da, wo die gedachte Lehre (wie selbst von Abegg geschieht) vor den Lehren von dolus und culpa, Vollendung und Versuch abgehandelt wird [1]. Die Folge war eine ganz äusserliche Auffassung des Begriffs der Urheberschaft, die zugleich mancherlei Mißverständnisse und Irrthümer im Gefolge hatte, abgesehen davon, daß dadurch der richtige Standpunkt für die Lehre, der den in seine Momente entwickelten Begriff der Handlung voraussetzt, von vorn herein verrückt wurde. Zu dieser äusserlichen Betrachtungsweise, die einseitig auf den objektiven Kausalzusammenhang reflektirt, hat der sonst um diese

1) Die richtige Stellung findet sich z. B. bei Wächter, Henke, Heffter, Marezoll.

Lehre sehr verdiente Stübel den Anstoß gegeben. Nur das entgegengesetzte Extrem hiezu bildet dann die Auffassungsweise v. Schirachs [1]), die einseitig den auf die Begehung des Verbrechens überhaupt gerichteten Willen berücksichtigt (N. Arch. III. S. 415—435). Vor beiden falschen Richtungen würde die Einsicht bewahrt haben, daß es sich bei der Frage nach der Urheberschaft in Beziehung auf ein Verbrechen nie bloß um den objektiven Kausalzusammenhang, ebensowenig allein um den subjektiven, sondern stets nur um die Einheit beider Momente, um die Handlung als Totalität in ihrer Beziehung auf ein Subjekt handeln kann. Damit wird übrigens den vorgedachten Erörterungen ihr relatives Verdienst keineswegs abgesprochen. Damit eine Sache in ihrer Wahrheit erkannt werden könne, muß stets die abstrahirende Reflexion mit der Zersetzung und einseitigen Ausbildung ihrer verschiedenen Seiten vorangehen. Von diesem Gesichtspunkte hatte denn auch die von Stübel so eifrig geltend gemachte Unterscheidung von imputatio facti und imputatio juris, worin eben der Mangel seiner Darstellung liegt, ihren Werth, um so mehr, da er gerade die objektive Seite am Begriffe der Urheberschaft in einer Verwirrung vorfand, über welche die neuere Doktrin besonders durch seine verdienstliche Bemühung hinausgekommen ist.

A) Die Urheberschaft.

§. 131.

Zum Begriffe der Urheberschaft, gehört 1) daß eine

1) Merkwürdig, aber bei einem eifrigen Denker, wie Stübel, nicht auffallend ist seine spätere Sinnesänderung, die zwar nicht ganz, aber doch fast ganz auf das Schirach'sche Extrem hinauskam, wie sie denn auch durch eine Aeusserung v. Schirachs veranlaßt wurde. s. Theilnahme rc. S. 67.

rechtsverletzende Handlung ihr Princip unmittelbar oder mittelbar in der freien (dolosen oder kulposen) Selbstbestimmung eines Subjekts habe. In allen Fällen daher, wo die Zurechnung völlig ausgeschlossen ist (bei Jugend, Wahnsinn, Zufall rc.), kann auch von Urheberschaft nicht die Rede seyn. Es liegt hier keine Handlung, sondern ein bloßes Thun vor, das sein Princip nicht in der menschlichen Freiheit, sondern in dem äusseren Naturkausalismus hat, daher auch rechtlich als ein bloßes Ereigniß beurtheilt werden muß.

Anm. — Eben dieser erste Punkt, von dem alle weitere Entwicklung anheben muß, wird von Stübel von vornherin verkannt oder vielmehr absichtlich auf die Seite geschoben [1]), indem er sagt, das Moment der freien Selbstbestimmung (sowie des Sich selbst als Zwecksetzens) gehöre nur zur imputatio juris; in der Lehre vom Thatbestande aber und von der imputatio facti sei unter Urheber jedes Subjekt zu verstehen, in welchem der Grund der Existenz eines Verbrechens liege. Zwar ist nun vorhin die relative Verdienstlichkeit dieser Abstraktion anerkannt worden, und es ist noch ferner die feine Unterscheidung zu rühmen, welche Stübel zwischen der Handlung selbst und den Folgen macht, worauf im nächsten §en des Näheren znrückzukommen seyn wird. Gleichwohl ist nun aber auch die Unwahrheit und Mangelhaftigkeit dieser Abstraktion nicht zu verkennen. Zunächst ist es, wenn eben von der freien Selbst-

1) Ueber den Thatbestand der Verbrechen. §. 24. Dabei bleibt trotz einiger Modifikationen im Begriff der Beihilfe, auch seine Schrift über die Theilnahme, stehen. Im Gegentheil spannt sie die Rücksicht auf die objektive Kausalität so zum Extreme, daß sie auf dem Punkte ist, in das entgegengesetzte umzuschlagen, eine Sache, welche nur diejenigen in Verwunderung setzen kann, welche von der Dialektik des Begriffs nichts wissen.

bestimmung abstrahirt werden soll, ganz verkehrt, den Begriff der Urheberschaft auf menschliche Subjekte zu beschränken, da er vielmehr mit demselben Rechte auch den Thieren, ja den Ziegeln auf den Dächern, durch deren Herabstürzen Menschen erschlagen werden, zukäme. Sobald jene Abstraktion vorgenommen wird, verliert die Betrachtung alles juristische Interesse, sofern das menschliche Thun nunmehr bloß als selbstloses Glied in der Kette des Naturkausalismus erscheint und der Begriff der Schuld, der den Nerv der Sache bildet, geradezu preisgegeben wird. Indessen wird die Betrachtung hiedurch nicht bloß müßig und unfruchtbar, sondern sie führt auch zu positiven Irrthümern, sofern die Abstraktion doch nicht festgehalten, sondern fortwährend die subjektive Seite wieder als Voraussetzung untergeschoben, aber auf ungebürliche Weise der objektiven Seite untergeordnet wird, — was sich vornämlich bei den Unterscheidungen von Haupt- und Neben-Theilnahme, voller und nicht voller Theilnahme, naher und entfernter Theilnahme und den mancherlei daraus gezogenen Folgerungen herausstellt [1]). Uebrigens ist kaum zu begreifen, wie Stübel den inneren Widerspruch übersehen konnte, der in seiner, ein Moment zum Ganzen aufspreizenden, Darstellungsweise liegt. Sogleich nach jener willkürlichen Abstraktion führt er nämlich die Arten auf, wie ein Subjekt Grund der Existenz eines Verbrechens werden könne, und nennt hier ganz besonders den intellektuellen Urheber, von dem doch offenbar unter Voraussetzung jener Abstraktion schlechthin nicht die Rede seyn kann. Die genauere Entwicklung des hier Angedeuteten kann jedoch erst unten gegeben werden.

1) Noch viel mehr ist dieß in Stübel's späterer Schrift der Fall s. z. B. S. 11—14. 39. 40.

§. 132.

Das andere wesentliche Moment ist nun aber 2), daß die **Wirkung**, worin das Verbrechen seine Existenz hat, **mit der Handlung im Kausalzusammenhang stehe**. Diese Bestimmung leidet zwar keine Anwendung auf den Fall des bloß versuchten Verbrechens, weil hier Handlung und Wirkung in Eins zusammenfallen. Um so wichtiger ist sie aber für den stets einen äusseren Erfolg voraussetzenden Fall des kulposen, sowie für den Fall des vollendeten dolosen Verbrechens. Hier kann es vorkommen, daß der äußere Erfolg, der in der Handlung als reale Möglichkeit lag oder durch dieselbe beabsichtigt wurde, wirklich eintritt, jedoch nicht in Folge der Handlung, sondern vermöge einer von derselben völlig unabhängigen dritten Ursache (diese sei nun an sich eine Naturursache, oder sie sei dieß, wie die Handlung eines Dritten, wenigstens für den Handelnden). In solchem Fall kann nun von kulposer Urheberschaft überall nicht, ebensowenig aber von doloser Urheberschaft eines vollendeten Verbrechens, sondern nur von der dol. Urheberschaft eines Versuchs die Rede seyn. Die Kausalverbindung aber, welche hier gefordert wird, ist nicht so zu bestimmen, daß die Handlung als nothwendige, oder auch nur als zureichende, vorzügliche, in concreto unentbehrliche Ursache erscheinen müßte. Vielmehr ist der adäquate Ausdruck dafür nur der negative, daß nicht die Kausalität der Handlung durch die einer dritten, von ihr unabhängigen Ursache ausgeschlossen seyn dürfe. Denn von einer absoluten Ursache kann in der Sphäre der Endlichkeit, worein die menschliche Handlung fällt, nicht die Rede seyn. Vielmehr setzt jede Handlung, um ihre Wirkung zu erreichen, eine Reihe äusserer Umstände und Bedingungen als Nebenursachen voraus, und nur die Summe aller subjektiven und objektiven Bedingungen zusammen kann als die in concreto nothwendige Ursache der Wirkung prädicirt werden. Deßhalb genügt es,

wenn nur die anderweitigen Bedingungen letzlich durch die Handlung bestimmt erscheinen, wenn hiemit die Summe der den Erfolg bedingenden Momente auf den Willen des Handelnden unmittelbar oder mittelbar als auf ihr bestimmendes Princip zurückgeführt werden muß.

Anm. — Obgleich es von Stübel [1]) ein Fehler war, an dem Begriffe der Urheberschaft einseitig seine objektive Seite festzuhalten, so hat er doch in dieser Sphäre selbst wieder den Rückweg zum Richtigen geöffnet, indem er den von Andern aufgestellten Bestimmungen, daß der Urheber nothwendige Ursache der verbrecherischen Existenz seyn müsse, mit wohlberechtigter Kritik entgegentrat. Er unterscheidet zunächst a) Urheberschaft in Beziehung auf die Handlung selbst, und b) in Beziehung auf den Erfolg. ad a) sagt er nun, man könne nicht fordern, daß in dem Urheber die nothwendige Ursache der Existenz eines Verbrechens liegen müsse, wenn man auch unter einer nothwendigen Ursache nicht gerade diejenige, ohne welche das Verbrechen physisch unmöglich gewesen wäre, sondern eine solche verstehe, ohne welche dasselbe bloß unter den vorliegenden Umständen nicht verübt worden wäre. Indem man nämlich nur denjenigen Urheber nenne, ohne dessen Zuthun die Handlung des Verbrechens sich nicht zugetragen haben würde, so sei dies für den Fall eines einzigen physischen Urhebers widersinnig, für den Fall mehrerer Theilnehmer aber unrichtig, da der Begriff der Miturheber dadurch auf eine nicht zu rechtfertigende Weise beschränkt würde. Diese Argumentation hängt nun freilich mit den unrichtigen Deduktionen der Miturheberschaft bei Stübel zusammen, und da von dieser erst später die Rede seyn kann, so mag es hier an dem Angeführten genügen, umsomehr, als

1) Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben rc. 1805.

der Verf. durch die Anwendung des Begriffs der nothwendigen Ursache bei der sogen. entfernten vollen Theilnahme seinen richtigen Anfang selbst wieder preisgiebt. Wichtiger ist, was er ad b) vorbringt (§. 68 ff.). Auch hier bekämpft er die, besonders bei der Lehre von der Tödtung so verderblich gewordene Forderung, daß der Urheber die nothwendige Ursache des Erfolgs gewesen seyn müsse. Im Gegentheil, sagt er, hänge der Begriff der Urheberschaft der Folgen von der Eintheilung derselben in nothwendige und zufällige (d. h. in solche, welche mit der Handlung in einer unzertrennlichen Verbindung stehen, so daß die Handlung nach Naturgesetzen ohne sie nicht denkbar ist, und in solche, ohne welche die Handlung auch vorzukommen pflegt) keineswegs ab, und ebensowenig komme dabei auf den Unterschied der allgemeinen oder individuellen Nothwendigkeit und Zufälligkeit etwas an. Sofern er hiemit einerseits den Begriff des kulposen Urhebers retten, andrerseits den des dolosen Urhebers von der falschen Beschränkung auf einen exklusiv nothwendigen, für sich allein zureichenden Kausalnexus befreien will, hat er offenbar vollkommen Recht, und Unrecht wieder nur darin, daß er den Begriff der Urheberschaft auch da noch für anwendbar erklärt, wo die Folge nicht nur für den Handelnden, sondern an sich selbst zufällig war, während doch in diesem Falle die Handlung wiederum den Charakter eines ganz indifferenten Naturereignisses hat, worauf der Begriff der Urheberschaft sowenig paßt, als auf die Bewegung eines Thiers oder den Sturz eines Steins. Abgesehen hievon aber war es allerdings ein Verdienst Stübels, daß er jene widersinnige Forderung einer nothwendigen Ursächlichkeit in Beziehung auf den Erfolg angriff und namentlich darauf aufmerksam machte, daß man unter

dieser Voraussetzung von einer intellektuellen Urheberschaft nie oder nur in den wenigsten Fällen würde sprechen können (vergl. auch den von ihm angef. Fall, der in Chursachsen vorkam, daß Jemand einem Sperlinge einen brennenden Schwefelfaden in der Absicht an ein Bein band, damit derselbe auf ein Strohdach fliegen und dieses anzünden solle, welche Absicht auch wirklich erreicht wurde, ohne daß man doch sagen konnte, in der Handlung der Person sei der Erfolg als in seiner nothwendigen Ursache gelegen. §. 74). Nicht minder verdienstlich war es, wenn Stübel den Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Folgen aufgriff und hinsichtlich der letzteren die Behauptung durchführte, daß sie den Begriff der Urheberschaft an sich nicht ausschließen. Entweder sei nämlich die Mitwirkung der fremden Kraft eine positive, dann bleibe der Urheber der Handlung auch Urheber der mittelbaren Folge, sobald nur die mitwirkende Kraft entweder erst selbst als Wirkung aus der Handlung entstanden, oder wenigstens in der Handlung die Ursache der Mitwirkung der fremden Kraft enthalten sei, — was dann an mehreren Fällen durchgeführt wird, wo die mitwirkende Kraft entweder der leblosen oder der lebendigen Natur angehörte, oder von einem Menschen ausgieng, (Beispiele a) daß Jemand einen Andern auf den Arm geschlagen und dieser deswegen eine Lähmung an dem Arme bekommen hatte, weil schon vorher die Anlage zur Gicht in demselben befindlich gewesen war; oder daß Jemand einem Andern Gift beigebracht, der Vergiftete aber von dem Gift ein Erbrechen bekommen hat, wodurch ihm ein Gefäß zersprengt wurde, was denn seinen Tod herbeiführte; b) daß Jemand einen Andern verwundete und verwundet im Walde liegen ließ, wo er sofort von wilden Thieren gefressen wurde, oder den

Hund eines Andern zum Tollwerden reizte, worauf denn der Hund seinen Herrn biß, und ihm infolge hievon die Wasserscheu beibrachte, an welcher er starb; c) die Fälle der intellektuellen Urheberschaft [1]). Oder sei die Mitwirkung der fremden Kraft eine negative, wenn dieselbe etwas unterlassen, wodurch die aus einer Handlung entstandene Folge hätte verhindert werden können: — hier werde der Begriff der Urheberschaft nicht ausgeschlossen, gleichviel ob der Grund der Nichtverhinderung in der Handlung selbst (z. B. wenn Jemand einen Andern an einem Orte oder zu einer Zeit verwundete, wo die zur Verhinderung der Folge nöthigen Sachverständigen oder Mittel nicht zu erlangen waren), oder ausserhalb der Handlung gelegen habe (z. B. wenn ein Verwundeter noch hätte geheilt werden können, gleichwohl aber an der Wunde starb, weil seine Angehörigen aus Nachlässigkeit oder Bosheit die Anwendung der Rettungsmittel unterließen [2]). — Da Stübel hinsichtlich dieses Unterschieds (der unmittelbaren und mittelbaren Folgen) selbst ausdrücklich sich verwahrt, daß von einer mittelbaren Folge der Handlung dann nicht gesprochen werden könne, wenn die anderweitige Kraft unabhängig von der Handlung in Wirkung getreten sei, da er also hier sich innerhalb der Grenze der dolosen oder kulposen Urheberschaft hält oder — um in seiner Weise zu reden — imputatio facti und juris nicht trennt, so trifft ihn auch hier der obige Vorwurf nicht, daß er den Begriff der Urheberschaft auf Fälle ausdehne, wo rechtlich davon gar keine Rede seyn kann. — So sehr nun aber dies

1) Stübel a. a. O. §. 81—86.

2) a. a. O. §. 86—95. Vergl. §. 117—165 (welche die Anwendung auf das Verbrechen der Tödtung enthalten).

Alles Anerkennung verdient, so ist gleichwohl zu bemerken, daß Stübel die richtigen Resultate keineswegs auf befriedigende Weise deducirt. In der That konnte er dies auch nicht, da er einen Begriff der Ursächlichkeit voraussetzt, der philosophisch unhaltbar ist. Er sagt §. 80: „Daß und wiefern der Urheber einer Handlung auch zugleich Urheber der daraus entstandenen unmittelbaren Folge sei, liegt zu einleuchtend in dem Begriffe eines Urhebers, als daß es einer besondern Demonstration bedürfte. Da in dem Falle vorausgesetzt wird, es sei dieselbe ganz ohne die Mitwirkung einer andern Kraft und ausschließlich aus der Handlung entstanden, so muß in dieser und mithin auch im Handelnden die Ursache der Existenz der Folge gegründet seyn." Eben hier liegt die Oberflächlichkeit und Dürftigkeit seines Princips offen zu Tage. Die Voraussetzung, die keiner Demonstration bedürfen soll, eben diese wäre erst zu demonstriren gewesen, wenn die ganze Erörterung irgend spekulativen Werth erhalten sollte. Derselbe Stübel, welcher ganz richtig behauptet, eine menschliche Handlung könne nie als nothwendige Ursache eines Erfolgs, ein Mensch könne nie als nothwendige Ursache einer verbrecherischen Handlung prädicirt werden, läßt sich nun doch wieder beigehen, zu behaupten, eine Folge könne unmittelbar und exklusiv mit Nothwendigkeit aus einer Handlung hervorgehen. Er hätte aber nur die begonnene, unvollkommene Dialektik weiter führen dürfen, um alsbald einzusehen, daß er in dieser Sphäre überall mit Kategorieen schalte, die darin ohne Brauchbarkeit sind. Er hätte zu der Einsicht kommen müssen, daß in der Sphäre der Endlichkeit überall von keinem nothwendigen Kausalzusammenhang die Rede seyn könne, und daß unmittelbare Folgen einer Handlung sowenig, als die mit-

telbaren, aus der Handlung allein, ohne Mitwirkung fremder Kräfte entstehen. Jede Handlung, auch diejenige, welche für die sinnliche Anschauung am unmittelbarsten in ihre Wirkung umzuschlagen scheint, hat gleichwohl eine unbestimmbare Menge von äusseren, in dem allgemeinen Weltzusammenhange liegenden Umständen und Bedingungen zu ihren Voraussetzungen, ohne welche sie nicht auf diese Weise hätte ausschlagen können. Immer war es nur die Handlung in Verbindung mit jenen anderweitigen Bedingungen, es war nur die Summe aller dieser Möglichkeiten, wodurch der Erfolg nothwendig und eben deshalb wirklich wurde [1]. Eben darum ist es aber widersinnig, in einer Handlung die nothwendige oder einzige Ursache einer verbrecherischen Existenz zu suchen. Der Fehler wird auch um nichts verbessert, wenn man dem Begriff der nothwendigen Ursache mit Feuerbach und Grolman den der zureichenden, oder mit Tittmann den der vorzüglichen, oder mit Andern den der in concreto unentbehrlichen Ursache substituirt. Denn zureichende Ursache ist die menschliche Handlung nie, eben weil sie die Mitwirkung des vom Menschen nicht schlechthin bestimmbaren Naturkausalismus voraussetzt. Vorzüglich ist ein ganz unbestimmtes Prädikat. In concreto unentbehrlich aber ist jede der mitwirkenden Bedingungen, insonderheit auch die, daß der Gegenstand

1) Dies sieht denn auch Stübel selbst wohl ein, ja in seiner Schrift über die Theilnahme deutet er den Satz in Beziehung auf mehrere zu einem Verbrechen mitwirkenden Menschen bis zum Ueberflusse aus. Nur freilich bleibt er dann bei der objektiven Kausalität stehen und ignorirt den höchst wesentlichen Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe so gut als ganz. Denn, was er noch als Beihilfe gelten läßt, ist kaum der Mühe der Abtheilung werth. S. 92 oben.

der Verletzung eben dieser Verletzung stillhält, daher man denn auch konsequenter Weise denjenigen, welcher von einem Dritten umgebracht wird, als einen Miturheber seiner eigenen Tödtung betrachten müßte (eben wie die trägen Pferde bei Stübel, §. 94, als Miturheber eines Raubmords). Die praktischen Mißstände bei allen diesen Bezeichnungen zeigen sich zwar erst bei der Lehre von der Miturheberschaft und vom Unterschiede zwischen Urheber und Gehilfen. Aber eben daraus erhellt wieder, wie nothwendig es für die praktische Brauchbarkeit eines Strafrechtssystems ist, in den theoretischen Grundlagen Verwirrung zu vermeiden, wie thöricht daher diejenigen sind, welche die philosophischen Erörterungen hierüber als müßige Schulfragen abweisen. Im Falle eines einzigen Urhebers mag man also immerhin mit jenen Bezeichnungen auszukommen meinen, da sie doch alle wenigstens negativ richtig sind, d. h. die Ausdehnung des Begriffs der Urheberschaft auf solche Fälle verbieten, wo der Erfolg aus einer von der Handlung überall unabhängigen Ursache entstanden ist. Aber dieser negative Gewinn ist sehr gering, sobald man nur etwas tiefer auf die Sache eingeht und die Bemerkung macht, daß mit dieser einseitigen Auffassung der objektiven Kausalität der Begriff der Urheberschaft ganz in's Unbestimmte zerfließt, so daß er entweder auf Handlungen keine Anwendung findet, welche offenbar als zurechenbare Bedingungen eines Erfolgs gelten müssen, oder umgekehrt auf Handlungen ausgedehnt wird, welche in Wahrheit keine Handlungen, sondern rechtlich als indifferente Naturereignisse zu betrachten sind. Aus dem Gesagten rechtfertigt sich denn die im §. gegebene Bestimmung, welche die Handlung als Einheit ihrer objektiven und subjektiven Seite zur Grundlage hat, wornach daher als Urhe-

der nur der betrachtet werden kann, auf dessen subjektive Kausalität die Summe der den Erfolg bedingenden Momente als auf ihr bestimmendes Princip unmittelbar oder mittelbar zurückgeführt werden muß.

Indessen wird hie und da sogar jener negative Satz, in welchem die Meisten übereinstimmen, in Zweifel gezogen, freilich wohl mehr um positivrechtlicher Gründe willen. So behauptet Wächter [1]): Wenn der Tod infolge einer Handlung gewiß hätte erfolgen müssen und nur aus dem Grunde nicht erfolgt sei, weil ihn eine zweite dazu kommende Verwundung unmittelbar herbeigeführt habe, so sei auch der Urheber jener ersten Handlung als Urheber der vollendeten Tödtung anzusehen, — was denn konsequenterweise auch dann behauptet werden muß, wenn die unmittelbare Herbeiführung des Todes nicht durch eine menschliche Handlung, sondern durch ein Naturereigniß erfolgte. Diese Ansicht ist auch in neuere Strafgesetzbücher übergegangen, z. B. das Bairische, Art. 154 und das Wirtemb. Art. 235. Es ist nun hier nicht der Ort, näher auf die bekannte Stelle von Julian, auf die sich Wächter beruft, einzugehen und zu zeigen, daß seine Entscheidung ganz nur vom Standpunkte des Privatdelikts und der Schadensersatzpflicht ausgeht und den Fall voraussetzt, wo angenommen wird, beide Verwundungen zusammen haben den Tod bewirkt, weil ungewiß blieb, welcher von beiden der Erfolg zuzuschreiben sei [2]). Betrachtet man aber die Sache, abgesehen vom positiven Recht, so muß man jene Ansicht ohnedies für durchaus unrichtig erklären.

---

1) Lehrb. II. §. 162. S. 125.

2) Vergl. Heffter §. 231 n. 7. Marezoll S. 282 n. 1. Luden Abh. II. S. 262—273.

Denn, wenn man zwar keineswegs, wie die Meisten thun, soweit gehen darf, einen nothwendigen Kausalnexus zum Begriff der Urheberschaft zu fordern, so muß man doch, wenn man nicht absolut willkührlich verfahren will, andrerseits den Begriff der Urheberschaft des Erfolgs da ausschließen, wo der Erfolg durch eine von der Handlung des Thäters völlig unabhängige Ursache bewirkt wurde, z. B. durch einen Blitz, Einsturz der Decke rc., gesetzt auch, es hätte in Ermanglung dieses Ereignisses der Tod aus der Handlung folgen müssen. Dasselbe muß dann aber auch von einer zweiten Verwundung gelten, sobald nur gewiß ist, daß diese unmittelbar den Tod bewirkte und daß sie ausser allem Verhältniß mit der ersten Verwundung stand. Es ist also in beiden Fällen der erste Thäter nicht als Urheber eines vollendeten Verbrechens, sondern nur als Urheber eines beendigten Versuchs anzusehen. Dasselbe ist von beiden Thätern zu behaupten, solang es ungewiß bleibt, welcher von beiden Verwundungen der Erfolg zuzuschreiben ist, eben wie man auch, bei aller Wahrscheinlichkeit eines vollendeten Kindsmords, doch nur Versuch desselben anzunehmen hat, solang nicht gewiß ist, daß das Kind nach der Geburt gelebt hat und lebensfähig war. Die gleiche Ungewißheit ist hier vorhanden, wenn der Arzt nicht zu entscheiden weiß, welche von beiden Verwundungen als die unmittetbare Bedingung des Todes anzusehen sei. Solange dies ungewiß ist, so ist es rechtlich ebenso anzusehen, als ob der Erfolg gar nicht durch die Handlungen hervorgebracht worden wäre. Nur dann, wenn sich als gewiß annehmen ließe, daß beide Handlungen den Tod wirklich verursacht haben, müßten beide Thäter als Urheber der vollendeten Tödtung behandelt werden. Daß ganz andre Grundsätze eintreten, wenn die Hand-

lungen gleichzeitig erfolgen und die Thäter als Miturheber erscheinen, ist auch von Luden Abh. II. S. 284 richtig bemerkt worden. Da es nun aber eben nur in diesem Falle praktisch bedenklich erscheinen könnte, das oben vertheidigte Princip anzuwenden, so ist nicht einzusehen, warum es bei zwei von einander unabhängigen Handlungen nicht Anwendung finden soll, da es doch aus dem Begriffe der Urheberschaft folgt? Sehr richtig sagt Luden a. a. O. S. 286. 287: „Daß der Tod infolge einer Handlung mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten seyn würde, kann dem wirklichen Eintritte desselben nicht gleich geachtet werden, ebensowenig als gesagt werden kann, der Tod sei von einem bestimmten Menschen hervorgebracht, wenn die Ursache desselben zugleich noch in der Mitwirkung andrer Kräfte liegt, welche nicht mit zu der Handlung jenes Menschen gerechnet werden können. In der That wird es auch bei andern Verbrechen Niemanden einfallen, Jemanden für den Urheber einer bestimmten Erscheinung zu halten, der dieselbe wahrscheinlich hervorgebracht haben würde, wenn sie nicht inzwischen von andern Menschen oder durch andre Ursachen hervorgebracht worden wäre." Die Wächter'sche Ansicht beruht auf demselben moralischen Gefühle, aus welchem man sich oft gegen die geringere Strafbarkeit des beendigten Versuchs überhaupt sträubt. Es ist aber schon oben der Irrthum dieses Gefühls nachgewiesen worden. Wenn nun, wie Wächter einräumt, jene geringere Strafbarkeit zugegeben werden muß, so muß man nicht im konkreten Falle den Grundsatz wieder durchlöchern wollen, weil man etwa meint, ein moralisch der vollendeten Tödtung Schuldiger werde hier durch den Zufall privilegirt. Denn wegen des Mangels am Beweise gilt hier der Thäter einem solchen gleich, der

wirklich den Erfolg nicht hervorgebracht und daher auch moralisch nicht so große Schuld auf sich geladen hat, als wenn er ihn durch eine adäquate Einrichtung seiner Handlung hervorgebracht hätte. So irrig es ist, die objektive Kausalität einseitig zu berücksichtigen, ebenso irrig ist es auch, auf die subjektive einen abstrakten Werth zu legen und darüber hinwegzusehen, ob die objektiven Bedingungen des Erfolgs auch wirklich in dieser Subjektivität ihr bewegendes Princip gehabt haben, ob diese subjektive Kausalität auch wirklich zur objektiven geworden ist, oder nicht.

§. 133.

Zum Begriffe der Urheberschaft gehört endlich 3) wesentlich, daß der Handelnde bei seiner Handlung sich selbst Zweck gewesen sei. Denn, war er dies nicht, so setzte er sich selbst und seine Handlung bloß als Mittel für einen andern Willen, und diesem schrieb er in Wahrheit die Kausalität zu. Zwar wird sich zeigen, daß der Handelnde auch in diesem Falle schuldig und verantwortlich bleibt. Aber er ist es nicht als Urheber. Denn Urheberschaft ist der unmittelbare Ausdruck des Kausalitätsverhältnisses, welches im gedachten Fall nicht die Person des Handelnden, sondern eine andere zum Träger hat [1]).

B. Die Beihilfe und die Anstiftung.

§. 134.

Der Begriff der Urheberschaft erschöpft den Begriff der freien Kausalität nicht, weil ein Subjekt auch, ohne sich selbst

1) Vergl. Henke §. 45. Heffter §. 84. Marezoll §. 33. Oersted Grundregeln S. 182 ff. Mittermaier N. Arch. III. S. 125 ff. Mayer Versuch einer Prüfung der Lehren vom Thatbestand und der Thäterschaft. Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 295 ff.

als Zweck seiner Handlung zu setzen, verbrecherische Handlungen in der Art begehen kann, daß es sich zwar in Beziehung auf die Handlung und ihre Folgen als Kausalität; dagegen in Beziehung auf den Urheber der Handlung als ein selbst bestimmtes Mittel setzt. Hierin liegt die verbrecherische Beihilfe, welche somit stets das Vorhandensein eines Urhebers voraussetzt. Den reinen Gegensatz zu derselben bildet die Anstiftung, als die zunächst bloß subjektive, eine fremde Subjektivität und deren Handlungen zu ihrem Mittel herabsetzende Kausalität, welche somit stets das Vorhandensein eines Gehilfen (im w. S.) voraussetzt (der übrigens seinerseits als Miturheber oder als bloßer Gehilfe erscheinen kann).

§. 135.

Das Wesen der Beihilfe und ihr Unterschied von der Urheberschaft liegt also nicht in der mehr oder minder vollkommenen Wirksamkeit für die objektive Hervorbringung des Verbrechens, da vielmehr auch ein solcher, der das in concreto Unentbehrliche geleistet hat, gleichwohl bloßer Gehilfe seyn kann. Sondern es liegt allein in dem angef. Momente, daß der Gehilfe sich selbst als bloßes Mittel für einen Andern setzt. Eben darin beruht es auch, daß die Beihilfe für einen geringeren Schuldgrad, als die Urheberschaft, zu halten ist [1]).

Anm. — Mit der einseitig äusserlichen Auffassung der Urheberschaft hängt es zusammen, daß Stübel nun auch den Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe nach demselben äusserlichen Maßstabe bestimmt. Nach dieser Ansicht kann nämlich der Unterschied nur in dem Maße der äusseren Wirksamkeit für den Erfolg liegen. Es wird daher zunächst nahe und entfernte Theilnahme gesondert, je nachdem Jemand eine zum Thatbestande des Verbrechens selbst gehörige Thatsache hervorgebracht

---

(1 Bauer Abh. I. S. 460. 461.

habe oder nicht. Ersteres soll den Urheber, letzteres den bloßen Gehilfen bezeichnen. Uebrigens rechnet Stübel zur nahen Theilnahme weiterhin überhaupt alle bei und während der Verübung des Verbrechens geleistete Theilnahme, weil in allen derlei Thätigkeiten doch immer wenigstens mitwirkende Ursachen zur Existenz des Verbrechens liegen, während in der entfernten Theilnahme nur die Erleichterung des Verbrechens, hiemit nicht die nächste Ursache des Verbrechens liege. Gleichwohl soll auch die entfernte Theilnahme doch wieder aus bloßer Beihilfe in Urheberschaft übergehen, wenn nämlich von ihr die physische Möglichkeit der Vollbringung eines Verbrechens abhänge und in dem entfernten Theilnehmer die nothwendige Ursache desselben liege; — zu welchem Behufe denn volle und nicht volle, oder Haupt- und Nebentheilnahme unterschieden werden. Dabei soll es gleich seyn, ob die entfernte volle Theilnahme in abstracto oder nur in concreto unentbehrlich zur Hervorbringung des Verbrechens gewesen sei [1]. Mithin fällt hiernach unter die Beihilfe nur noch die nicht unentbehrliche Herbeischaffung von Mitteln und Hinwegräumung von Hindernissen, nebst der sog. Begünstigung des bereits verübten Verbrechens. Selbst auf diejenigen, welche ein Verbrechen nicht verhindert haben, da sie es verhindern konnten, wendet Stübel die Kategorie der Urheberschaft an, und thut dabei die zu seiner übrigen Ausführung nicht passende, im Uebrigen aber richtige und den Uebergang zu der richtigen Ansicht andeutende, Aeusserung: „daß die Gesetze solchen Theilnehmern nicht in allen Fällen die Strafen der wirklichen Urheber androhen, rührt daher, weil bei ihnen die übrigen Erfordernisse des

1) a. a. O. §. 29—31, 36—38, 40.

Thatbestandes selten angetroffen werden. Wer z. B. einen Diebstahl nicht verhinderte, mußte deßwegen nicht eine gewinnsüchtige Absicht dabei haben. — Dergleichen Miturheber nehmen überdies gewöhnlich kein eigenes Interesse bei dem Verbrechen des Andern, und beabsichtigen dasselbe ebenso selten [1])." — Von dieser Ansicht wenig verschieden ist die von Feuerbach, wornach die Urheberschaft auf den Begriff des zureichenden Grundes zurückgeführt, hiemit als Beihilfe alle solche Akte bezeichnet werden, welche zwar für sich betrachtet das Verbrechen nicht hervorbringen, aber durch Beförderung der Wirksamkeit des Urhebers (als Nebenursachen) zur Entstehung des Verbrechens mit beitragen. Denn auch Feuerbach rechnet, unter dem Namen eines Hauptgehilfen, zu den Urhebern auch denjenigen, der Hindernisse hinweggeräumt hat, welche dem zur That schon bestimmten Willen eines Andern die äussere Wirksamkeit entweder überhaupt oder unter den besondern Umständen unmöglich gemacht haben würden [2]). Es ist kaum nöthig, mit Henke u. A. besonders darauf hinzuweisen, daß sowohl die Bezeichnung des einfachen, als des Hauptgehilfen bei Feuerbach im offensten Widerspruch mit der Bezeichnung des Urhebers stehen. Indessen kann überhaupt von den verschiedenen Modifikationen, unter welchen die äusserliche Auffassung des Kausalzusammenhangs (nothwendige, zureichende, vorzüglichste ꝛc. Ursache) vorzukommen pflegt, abgesehen werden, da alle diese Auffassungen endlich darin übereinkommen, Haupt- und Nebenursachen, in concreto unentbehrliche und entbehrliche Akte zu unterscheiden und nach diesem äusserlichen, überdies nur quantitativen Unterschiede die Differenz

1) a. a. O. §. 43—54.

2) Lehrbuch §. 44, 45. Vergl. Bair. Gb. §. 45. Dagegen Oersted Grundregeln ꝛc. S. 189—191.

zwischen Urheberschaft und Beihilfe zu bestimmen. Gerade dies ist ihrer aller gemeinsamer Mangel, der von der unspekulativen Auffassung der menschlichen Handlung und ihres Verhältnisses zum Naturkausalismus herrührt [1]). Alle diese Theorieen übertragen unvorsichtig das logische Kausalitätsverhältniß auf das Gebiet der empirischen Endlichkeit, wohin es gar nicht paßt, und eben darum müssen alle ihre auf den objektiven Kausalzusammenhang gebauten Sätze nothwendig schief ausfallen. Die Wahrheit besteht aber, wie oben ausgeführt wurde, darin, daß überall von keiner menschlichen Handlung gesagt werden kann, sie sei die nothwendige, einzige, zureichende 2c. Ursache eines Erfolgs, daß vielmehr ein Erfolg immer nur aus dem Zusammenwirken der in der Handlung liegenden mit einer Menge in äusserlichen Umständen liegender Bedingungen abgeleitet werden könne. Sobald man von der subjektiven Seite der Handlung abstrahirt, so sinken die Momente derselben ebenso sehr zu äusserlichen Bedingungen herab, wie solches die äusseren Umstände sind, welche zum Gelingen der Handlung vorausgesetzt werden. Selbst die Summe aller gedachten Bedingungen zusammen kann, streng genommen, nicht als die Ursache des Erfolgs prädicirt werden, sondern diese Summe, sobald sie voll wird, ist der Erfolg selbst. Von einer Ursache kann nur die Rede seyn, wo ein bewegendes Princip ist. Dieses ist aber nur der in der Handlung manifestirte Wille. Daher kann nur in Beziehung auf den Willen die Handlung als Ursache des Erfolgs prädicirt werden, je nachdem die vom Handelnden unabhängigen

1) Derselbe Mangel tritt auch bei dem von Rossi III. S. 13 ff. zwischen co-délinquant u. complice aufgestellten Unterschiede hervor, sofern er gleichfalls darauf hinausläuft, ob die Thätigkeit indispensable sei oder nicht.

Bedingungen entweder als Momente in seine Absicht aufgenommen wurden, oder als wenigstens vorauszusehende, aber durch Schuld des Willens nicht beachtete Momente erscheinen, keineswegs aber, wenn sie als Momente erscheinen, die weder vorausgesetzt wurden, noch vorausgesetzt werden konnten. — Läßt sich nun aber der Begriff der Urheberschaft überhaupt nicht mit Abstraktion von der Subjektivität bestimmen, so ist dies noch weniger mit dem Unterschiede zwischen Urheberschaft und Beihilfe möglich. Soll nämlich dieser nur von der größeren oder geringeren äusseren Wirksamkeit für den verbrecherischen Erfolg abhängig gemacht werden, so ist nicht abzusehen, wo in diesem lediglich quantitativen Progresse ein qualitativer Abschnitt gesetzt werden soll. Will man aber dies mit der Unterscheidung von in concreto entbehrlicher oder unentbehrlicher Thätigkeit leisten, so ist wiederum zu entgegnen, daß man zu einer solchen Unterscheidung vermöge der Natur der menschlichen Handlung und der Endlichkeit überhaupt gar kein Recht hat, sofern bei einem bestimmten Erfolg in der That stets nur Alles nothwendig, oder Alles zufällig, oder auch ebensowohl Alles nothwendig, als Alles zufällig war, und es daher reine Willkühr ist, das eine als entbehrlich, das andre als unentbehrlich abzuscheiden [1]). Diese Willkühr ist auch in der That durch die praktische Erfahrung ad absurdum geführt worden, sofern an einleuchtenden Beispielen gezeigt wurde, wie jene bloß äusserliche Unterscheidung dazu führt, bloße Gehilfen zu Urhebern hinaufzuschrauben und wahre Urheber zu bloßen Gehilfen

1) Eben dies erkennt Stübel in seiner späteren Schrift vollkommen an, aber er bleibt abermals vor dem Ziele stehen. S. 18—30, 44—49 (wo eine sonderbare Anwendung auf den dolus generalis gemacht wird), 67—69.

herabzusetzen [1]). Aus dem Angeführten erhellt aber auch, daß der, übrigens scharfsinnig ausgedachte, Ausweg mit dem Hauptgehilfen (vgl. auch das Wirt. Strafgb. Art. 75, vgl. Oersted Grundregeln S. 189—195. Hufnagel Komm. I. S. 151—153) den Fehler um nichts verbesserte. Vielmehr muß man von der falschen Abstraktion, wovon jene Theorieen ausgehen, wieder abstrahiren, und den Unterschied zwischen Urhebern und Gehilfen in dem im Paragraphen angegebenen subjektiven Momente suchen, wie dies denn neuerdings von vielen ausgezeichneten Kriminalisten geschieht [2]), nur daß sie in der Regel den mehr moralisch, als rechtlich, bezeichnenden Ausdruck: Unmittelbares Interesse an der That brauchen. Mit Recht nehmen diese an, daß man Gehilfe auch dann bleibe, wenn man an der zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Haupthandlung Antheil genommen oder einen solchen Beistand geleistet habe, der zur Realisirung des Verbrechens in seiner vorliegenden Gestalt unentbehrlich gewesen sei, sobald man nur nicht aus unmittelbarem Interesse an Begehung des Verbrechens gehandelt habe. Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß der Gehilfe sogar die Haupthandlung selbst begehen könne und gleichwohl Gehilfe bleibe, sobald nur die ebengedachte Voraussetzung eintrete [3]). — Neuestens ist die richtige Ansicht von Luden Abh. II. S. 363 Anm. 1 wieder angegriffen und, freilich mit verschiedenen Modi-

1) Gönner und Schmidtlein Jahrbücher I. S. 79 ff.

2) Vgl. z. B. Henke §. 45, 76. Tittmann N. Arch. II. S. 369 ff. Wächter I. S. 147, 148. Heffter §. 84, 98, Marezoll §. 33, 45. Bauer Abhandl. I. S. 427—429. Neuestens Müller de auctorum et ministrorum crim. differ. S. 31—54. Hufnagel I. S. 173, 174. Bad. Entw. §. 114.

3) Heffter §. 84 n. 4.

fikationen, die andre, auf die objektive Kausalität allein sehende, vertheidigt worden. Allein was vorläufig die Polemik von Luden betrifft, so ist sie von vorn herein verfehlt, sofern er glaubt, gegen die richtige Ansicht das einwenden zu können: „daß auch derjenige, welcher zu einem fremden Verbrechen helfen wolle, den Willen habe, daß dieses Verbrechen begangen werde [1]). Das ist freilich nicht zu läugnen; denn, wenn der Gehilfe nicht mittelbar das Verbrechen hervorbringen wollte, so könnte ja seine Handlung überall nicht als eine verbrecherische gelten. Allein der große Unterschied ist eben der, ob Jemand sich selbst als Zweck seiner Handlung oder ob er dabei sich selbst nur als Mittel für den Zweck eines Andern setzt. Wenn Luden sagt: „Die weitere Absicht, welche er vielleicht gehabt, etwa sich dem Urheber gefällig zu erweisen oder den erwarteten Lohn zu erhalten, kann juristisch ebensowenig in Betracht kommen, als der Mörder aufhört, Mörder zu seyn, wenn er nur das Beste seines Opfers zu erreichen beabsichtigte," so zeigt dies nur eine Verwirrung der Begriffe an. Das ist allerdings richtig, daß der subjektive Zweck des Handelnden neben der formellen Absicht rechtlich keine Bedeutung hat, sondern lediglich der moralischen Zurechnung anheimfällt. Allein im vorliegenden Fall handelt es sich keineswegs um eine bloße moralische Modalität, sondern um eine wesentliche Bestimmtheit der formellen (verbrecherischen) Absicht selbst; es fragt sich, ob die volle Schuld auch denjenigen treffe,

---

1) Eben diesen Einwurf macht auch Stübel Theilnahme, S. 93—95. Aber das von ihm angeführte Beispiel eines fälschenden Weinhändlers zeigt eine auffallende Verwechslung der Begriffe. Die Mittelbarkeit, wovon in der fraglichen Sache allein die Rede seyn kann, bezieht sich nicht auf die materielle Absicht (den Zweck), sondern nur auf die formelle Absicht des Handelnden.

der nicht selbst als die letzte Ursache der verbrecherischen Handlung erscheint, sondern sich dabei nur als Mittel für einen fremden Zweck gebrauchen läßt. — Nach allem Bisherigen kann auch der schon von Kleinschrod [1]) gemachte Versuch, beide Ansichten zu verbinden, nur als mißlungen betrachtet werden. Denn während er §. 197 den Begriff der Beihilfe im Wesentlichen ganz richtig entwickelt, so verdirbt er im §. 198 die Sache sogleich wieder, indem er nun gleichwohl das Hauptgewicht wieder auf die objektive Kausalität legt und den Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe auf die Unentbehrlichkeit oder Entbehrlichkeit des Beistandes reducirt.

Daß nun die Beihilfe einen geringeren Schuldgrad darstelle, als die Urheberschaft, das wird fast allgemein anerkannt [2]). Nur kann freilich von der Ansicht, die sich einseitig auf den objektiven Standpunkt stellt, nicht der richtige Grund dafür erwartet werden. Denn es kann hiernach, wie dies auch durch Feuerbach [3]) ganz richtig geschehen ist, der Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe nur als ein quantitativer bestimmt und die geringere Strafbarkeit der letzteren nur unter die objektiven Gründe der Strafbarkeit gestellt, und zwar nur darauf gegründet werden, daß der Urheber die eigentlich wirkende Ursache, der Gehilfe nur die erleichternde Nebenursache des Verbrechens, die Strafbarkeit aber um so größer sei, je mehr Gründe für das Entstehen einer Rechtsverletzung in einer Person sich vorfinden. Abgesehen nun von dem Widerspruch, daß die Schuld sich lediglich nach einem objektiven Maßstab bestimmen soll, ist eben der Grundunterschied zwischen Haupt- und Nebenursache ein falscher

1) System. Entw. I. §. 197 ff.

2) Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 45.

3) Lehrbuch §. 112.

und darum die Deduktion von vorn herein verfehlt. Sie ist es aber um so mehr, wenn man nach ihrer Berechtigung in dem Systeme Feuerbachs fragt. Denn, so scharfsinnig sein Ausweg ist, die Gründe für erhöhte oder verminderte Strafbarkeit überhaupt auf die Gefährlichkeit der Handlung zu reduciren, so entsteht doch sogleich die weitere Frage, mit welchem Rechte behauptet werden könne, daß eine Nebenursache minder gefährlich sei, als eine Hauptursache? eben wie auch gefragt werden muß, mit welchem Rechte nach jenem Systeme der Versuch für minder strafbar ausgegeben werde, als die Vollendung? Sobald einmal das nicht juristische, sondern polizeiliche Princip der Gefährlichkeit aufgestellt wird, so ist es reine Willkühr, derlei Unterschiede zu statuiren. Denn in jenem Princip liegt die Nothwendigkeit, nicht auf das wirkliche, sondern auf das mögliche Unrecht zu reflektiren, eben deshalb aber bei dem einmal in Thun ausgebrochenen verbrecherischen Willen nicht weiter zu unterscheiden, ob in demselben mehr oder minder Gründe für die Entstehung der Rechtsverletzung liegen, ob er der Vollendung mehr oder weniger nahe komme. Das römische Recht, welches eben von demselben Grundsatze ausgieng, der auch der Feuerbachischen Theorie eignet, — daß nämlich der widerrechtliche Wille das wesentlich Strafbare sei (die weitere F'sche Behauptung, daß deshalb die Strafe auf Repression des bösen Willens gerichtet seyn müsse, ist freilich nicht römisch), — das römische Recht hat von jenem Standpunkt aus ganz konsequent verfahren [1]), wenn es zwischen Urheberschaft und Beihilfe ebensowenig, als zwischen Versuch und Vollendung

1) Wächter §. 88 n. 78. Vgl. Roßhirt Entwicklung S. 230. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 45.

unterschied. Daß dieselbe Folgerung vom Standpunkte der Feuerbachischen Theorie aus gezogen werden müsse, hat v. Schirach[1]), insbesondre mit treffender Hinweisung darauf, daß die Entstehung der Rechtsverletzung in der vereinten Wirksamkeit sämmtlicher Theilnehmer begründet sei, und daß das Strafgesetz das Verhältniß, in welchem die Handlung jedes Einzelnen zu der vollbrachten That stehe, nicht abmessen könne, richtig auseinandergesetzt. Gleiche Grundsätze befolgt das englische und das französische Recht[2]). Dagegen hat das kanonische und das deutsche Recht den Grundsatz, daß Beihilfe geringer strafbar sei, als Urheberschaft. Sehr häufig wird dies mit der Bemerkung erklärt, daß das deutsche Recht den objektiven Gesichtspunkt festgehalten habe[3]), und diese Bemerkung ebensowohl auf die P. G. O., als auf das ältere germanische Recht ausgedehnt. Allein in dieser Allgemeinheit ist die Erklärung jedenfalls falsch, da vielmehr das ältere germanische Recht von dem unter dem Einflusse der Kirche ausgebildeten deutschen Rechte wohl unterschieden werden muß. Was zunächst das erstere betrifft, so hat Luden ohne Zweifel Recht, wenn er die von den meisten Kriminalisten vorgebrachte und neuerdings von Häberlin[4]) ausgeführte Behauptung verwirft, daß nach diesem Rechte die Theilnehmer alle mit der Strafe der Urheber belegt worden seien, weil man nur auf die materielle That Gewicht gelegt habe. Mit Recht sagt er, daß dies dem objektiven Gesichtspunkte widerspreche (den freilich Luden

1) N. Archiv. III. S. 415 ff.

2) Blackstone IV. 3. Code pénal. Art. 59, 60. Vgl. Rauter Traité du droit crim. I. S. 204 ff.

3) Luden Abh. II. S. 392. n. 1. vgl. S. 364 ff.

4) Spec. Saxon et Suev. jus crim. p. 2. Vergl. Wächter a. a. O. Jarcke I. S. 222. Heffter §. 82 n. 1.

bei andern Gelegenheiten ebenso materiell und äusserlich auffaßt). Die gleiche Verantwortlichkeit von Urhebern und Gehilfen läßt sich bei einem zunächst auf das Thatmoment sehenden Rechte nur so lang erwarten, als es das Strafrecht noch ganz auf das Princip des Schadensersatzes gründet. Diesem rohsten Standpunkte sind aber auch die frühsten germanischen Rechtsquellen, die wir kennen, im Ganzen durchaus entwachsen. Wenn wir also in denselben gleichwohl eine überwiegende Berücksichtigung des objektiven Gesichtspunkts antreffen sollen, so werden wir dieselbe wenigstens in einem ganz anderen Momente zu suchen haben. Dieses scheint aber von Wilda[1]) richtig dahin festgestellt zu seyn: daß man jede Missethat vorzugsweise nach ihrer sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung auffaßte, daher denn namentlich mehrentheils der physische Urheber im Vordergrunde der strafrechtlichen Betrachtung steht, dagegen der intellektuelle hinter jenen zurückgestellt erscheint. In der That ist aber das germanische Princip[2]) kein andres, als das, welches auch von den oben angef. Rechtslehrern, die aus dem objektiven Gesichtspunkte allein argumentiren, aufgestellt wird, d. h. es wird zwischen Haupt- und Nebenursache unterschieden und derjenige, welcher bloß das Verbrechen eines Andern erleichterte, eben deshalb geringer bestraft, weil in seiner Person nur ein entfernterer Grund für die Existenz des Verbrechens vorzuliegen scheint. Dabei erscheint die in den longobardischen und angelsächsischen Gesetzen vorkommende Befugniß mehrerer Theilnehmer, sich freiwillig zur Erlegung eines Wergeldes zu vereinigen, — eine Befugniß, die im seeländischen Recht sich nur bei kulposen

1) Strafrecht der Germanen S. 634.
2) Wilda a. a. O. S. 625–627.

Rechtsverletzungen findet, — als bloße, aus älterer Zeit stehen gebliebene, Ausnahme. Die Bestimmungen über das contubernium [1]), die ohnedies in vielen Beziehungen den juristischen Gesichtspunkt verläugnen und aus anderweitigen Gründen zu erklären sind, gehören weniger in das Gebiet der Beihilfe, als in das des Komplotts. Immer aber zeigen sie sich, abgesehen von den willkührlichen Modifikationen, die dabei hinsichtlich der Zahl der in Anspruch zu Nehmenden rc. vorkommen, als einfache Anwendungen des vorgedachten Princips, sofern auch hier in der Regel Hauptthäter, nächste und entferntere Gehilfen unterschieden werden. Es werden diese, bei einfacher Theilnahme vorkommenden, Unterschiede auf den Fall des contubernium gleichsam als stehende Formeln übergetragen, was gerade beweist, wie fest man an jenem Unterschiede hielt. Von den Ausnahmen, welche theils einer früheren, theils auch wieder einer reiferen Rechtsbildung (die sich den Begriff des Komplotts entwickelt hatte) angehören, wird unten die Rede seyn. Bei alledem liegt nun aber gleichwohl der tiefere Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe auch jenen älteren germanischen Bestimmungen zu Grunde. Denn nicht nur ist wahrzunehmen, daß auch das germanische Recht, je mehr es sich ausbildet, um so mehr die Bedeutung des intellektuellen Urhebers anerkennt [2]), sondern selbst da, wo formell noch durchaus der Unterschied zwischen Hauptursache und Nebenursache festgehalten ist, liegt doch stets das richtige Bewußtsein des tieferen, subjektiven Unterschieds gleichsam im Keime zu Grunde, wie denn auch Wilda ganz mit Recht sagt [3]), das germanische Recht verstehe unter dem Urheber nicht

1) Wilda S. 612—625.
2) Wilda S. 631—633.
3) a. a. O. S. 612.

bloß den, welcher äusserlich die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Hauptthätigkeit entwickle, sondern insbesondre auch den, von welchem die Entschließung zur That ausgehe, in dessen Interesse sie vollführt werde. (So ist namentlich beim contubernium in der Regel von der Ausübung eines Frevels die Rede, der vorzugsweise von einem Einzigen zu seinem Zwecke, in seinen Interessen verübt wurde, doch mit Beistand eines von ihm dazu gesammelten Gefolges). Eben dieser Gedanke, welcher im älteren Rechte noch unter dem Formalismus des roheren objektiven Gesichtspunkts versteckt erscheint, durfte nur herausgehoben werden [1]), und es war das richtige Princip zur gebührenden Geltung gebracht. Eben dies geschah aber mit Hilfe des kanonischen Rechts, auf welches von Wächter, Henke, Heffter rc. mit Recht der Art. 177 der P. G. O. als auf seine Quelle zurückgeführt wird. Ist nun dem so, dann ergiebt sich von selbst, was von der gekünstelten Ausführung Ludens zu halten ist, wornach die Grundsätze des älteren germanischen Rechts und seine den Formalismus des abstrakt objektiven Standpunkts an sich tragenden Bestimmungen auch noch der P. G. O. unterliegen sollen. Wie schon mehr bemerkt, ist es charakteristische Tendenz des kirchlichen Rechts, das Thatmoment ganz hinter das Willensmoment zurückzustellen, und diese Tendenz tritt nirgends klarer hervor, als in der Entscheidung des Lyoner Koncils v. J. 1245, wornach schon der bloße Auftrag zu einem in der That gar nicht zur Vollziehung gekommenen Verbrechen die

---

1) Im Sachsenspiegel ist dies noch nicht der Fall III. 46. Gebildeter erscheint schon der Schwabenspiegel cap. 162, 174. Ueber Sachsenspiegel II. 13. III. 1. und Schwabenspiegel cap. 116, 212. Siehe Luden a. a. O.

Strafe des Urhebers nach sich ziehen soll[1]). Welches große Gewicht dieser kirchlichen Entscheidung auch von weltlichen Gerichten und Schriftstellern beigelegt wurde, zeigen die Aeusserungen des Gandinus, Bartolus, Angelus, Augustinus, Menochius u. A.[2]), wenn gleich sie in dem angef. Falle nur auf eine ausserordentliche Strafe erkannt wissen wollen. In dieser Restriktion liegt eine Zurückführung der einseitigen kirchlichen Ansicht auf die richtige Mitte ebenso, wie das kirchliche Recht selbst in dem bekannten c. 6 X. de homicid. durch eine Koncession an den objektiven Gesichtspunkt des germanischen Rechts sich bemerklich macht. Hat man beides im Auge, so erkennt man leicht, wie die Rechtsbildung, welche der P. G. O. zur Grundlage diente, den richtigen Weg einer Vermittlung des kirchlichen Standpunkts mit dem germanischen einschlug, wodurch sie eben dahin kommen mußte, den Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe nach seinem wahren Principe zu bestimmen, hiemit aber auch die geringere Strafbarkeit der Beihilfe nur eben aus diesem Principe abzuleiten. Diesen Gedanken sprechen denn auch die mehrgenannten neueren Schriftsteller im Ganzen richtig aus, wenn sie die geringere Strafbarkeit der Beihilfe durch die geringere Selbständigkeit und Beflissenheit des Willens motiviren (Heffter, Henke). Genauer wäre zu sagen: der Grund liege darin, daß die volle Schuld nur bei dem angetroffen werde, welcher sich selbst als Zweck seiner Handlung setze, während ein verbrecherischer Wille, der sich nur als abgeleitete Kausalität, mithin relativ nur als Mittel für eine fremde Kausalität setzt, nothwendig geringere Schuld haben muß, als der Wille des Ersteren.

---

1) Cap. 1 de homicid. in VIo.

2) Luden Abh. I. S. 407, 409—411, 420.

§. 136.

Da der Begriff der Beihilfe wesentlich in der Beförderung, d. h. mittelbaren Hervorbringung eines fremden Verbrechens besteht, so kann unter denselben die Begünstigung des Verbrechens, d. h. die erst nach vollendetem und in seinem Erfolg entwickelten [1]) Verbrechen eintretende, nicht zuvor versprochene Beistandleistung nicht fallen. Denn die hierunter gehörigen Akte schließen die Kausalität in Beziehung auf das bestimmte Verbrechen aus und erscheinen deshalb als weniger verbrecherisch. Ueberhaupt verbrecherisch bleiben sie jedoch immer, stellen aber ein eigenthümliches Verbrechen dar. Das Gesagte bezieht sich jedoch nur auf die positive, nicht auch auf die negative (nicht vorher zugesagte) Begünstigung, welche überall nicht für verbrecherisch gehalten werden kann.

Anm. — Die Begünstigung, welche von Stübel §. 40 [2]) zur Beihilfe überhaupt gestellt ist, wird mit Recht von Henke, Marezoll, Luden u. A. [3]) ganz aus der Lehre von der Theilnahme am Verbrechen ausgeschlossen. Treffend sagt nämlich Henke, daß der Ausdruck: nachfolgende Beihilfe eine Contradictio in adjecto enthalte, da, was zur Hervorbringung eines Verbrechens beitragen solle, mit demselben zum Wenigsten gleichzeitig seyn müsse. „Soll daher dasjenige hierher gerechnet werden, was man im kriminalistischen Sprach-

---

1) Sander N. Arch. 1839. S. 262. Mittermaier n. 1—3 zu Feuerbach §. 53.

2) s. auch Heffter §. 84. Bauer Abh. I. S. 466. 467.

3) s. auch schon Kleinschrod Syst. Entw. §. 206. und Stübel selbst. Ueber die Theilnahme S. 55—58. der aber selbst die zugesagte und gewerbsmäßige Begünstigung nicht als Beihilfe gelten lassen will. — Bei dieser Ansicht kann man ganz wohl die Begünstigung in der von Sander N. Arch. 1838. 1839. ausgef. Weise als Nebenverbrechen betrachten.

gebrauch Begünstigung eines fremden Verbrechens zu nennen pflegt, z. B. Verbergung des Thäters, Beförderung der Flucht desselben, Sicherung der Früchte des Verbrechens ꝛc., so müssen diese Dienstleistungen im Voraus versprochen worden seyn oder gewerbsmäßig getrieben werden [1])." Letztere Bestimmung ist ganz richtig; denn einerseits gehört ohne Zweifel alle vorher zugesagte Begünstigung zur Beförderung des Verbrechens, sofern der Urheber darauf behufs der Verwirklichung des Verbrechens rechnen konnte; andrerseits bedarf es hierzu keiner ausdrücklichen Zusage, da eine solche in der Thatsache der gewerbsmäßigen Begünstigung stillschweigend enthalten ist. Auch entspricht diesen Bestimmungen die Behandlung der Begünstigung im römischen Rechte. l. 13 §. 3 D. de abig. vergl. mit l. 1. 2 C. de his qui latron. celav. Tit. D. de receptat [2]). Wenn indessen Marezoll S. 138 der richtigen Bemerkung, — daß das Moment, welches bei der Bestrafung des Gehilfen den Maßstab abgiebt, nämlich der Grad seiner Mitwirkung zum Verbrechen, beim Begünstiger gänzlich mangle, — die weitere Bemerkung beifügt, daß die Begünstigungshandlung als ein für sich bestehendes Polizeivergehen aufzufassen seyn werde, so scheint er doch deren verbrecherischen Gehalt etwas zu niedrig anzuschlagen [3]). Denn, wenn man auch die Strenge des älteren römischen, wie des ältern, theilweise noch in den Rechtsbüchern erscheinenden,

1) Henke §. 43. vergl. Luden Abh. II. S. 362. Anm. 4. Martin Lehrb. §. 73. Mittermaier zu Feuerbach. §. 53. Zusatznote 2. Sander N. Arch. 1838. S. 444. vgl. Dersted Grundregeln S. 197. Rossi III. S. 54—67.

2) A. M. zum Theil Birnbaum N. Arch. 1842. S. 43 ff. Sander ebend. 1838. S. 432—435.

3) Vergl. Sander a. a. O. 1838. S. 438--440. 443—448. 1839. S. 398 ff.

germanischen Rechts[1]) für übertrieben halten muß, schon deswegen, weil beide Rechte in dieser Sache von unberechtigten Gesichtspunkten ausgehen, so muß doch die Begünstigung fremder Verbrechen stets für ein wirkliches Verbrechen gegen die Justizgewalt des Staates angesehen werden. Kitka über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen ꝛc. S. 78 rechnet zur Beihilfe (Theilnahme) auch noch ein vorheriges Einverständniß mit dem Thäter über einen nach der Vollendung zu nehmenden Antheil am Gewinn. Mit Recht in dem Fall, wo ein solches Versprechen behufs der Nichtverhinderung oder Nichtanzeige gegeben wird. Ausser diesem Falle aber kann darin nur wieder ein selbstständiges Vergehen gefunden werden (mit Unrecht glaubt Temme Krit. des preuß. Entw. S. 112., es liege darin bloß eine immoralische Handlung). S. den Art. 239 des sächs. Strafgb. über Parthiererei und Hehlerei in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum. — Vgl. Sander a. a. O. S. 440—443. — Die negative Begünstigung (durch Nichtanzeige), wenn sie vorher zugesagt ist, von der verbrecherischen Beihilfe auszuschließen, liegt überall kein Grund vor. Dagegen kann dieselbe, wo sie nicht vorher zugesagt war, unter keinen Umständen für verbrecherisch gehalten werden, ausgenommen natürlich, wo die Unterlassung eine Verletzung der Amtspflicht darstellt. Kleinschrod §. 206. Henke §. 43 a. E. Schröter Handbuch §. 145. Heffter §. 84. a. E. Nur ist es nicht richtig, wenn das, was von der Nichtanzeige eines begangenen Verbrechens gilt, ohne Weiteres auch auf die Nichtverhinderung eines erst zu begehenden Verbrechens übergetragen wird.

---

1) Wilda S. 635—637.

§. 137.

Die Beihilfe muß mithin immer die Bewirkung des Verbrechens zum Zweck haben; eine Mitwirkung liegt aber noch darin, daß eine Dienstleistung nach vollendetem Verbrechen schon vor der Vollendung zugesagt wird. Im Uebrigen kann sie ebensowohl physisch, als intellektuell seyn, letzteres jedoch nur in Form des Raths, da alle andern Arten intellektueller Einwirkung nur von Seiten eines Urhebers denkbar sind. Ferner bestimmt oder unbestimmt, je nachdem sie auf eine einzelne verbrecherische Unternehmung, oder auf Verbrechen einer gewissen Art im Allgemeinen gerichtet war. Weiter kann sie in positiver oder negativer Beförderung des Verbrechens bestehen. Letzteres ist dann der Fall, wenn Jemand in der Absicht, ein fremdes Verbrechen zu unterstützen, die Verübung desselben nicht hindert, wo er dazu im Stande wäre. Als eine bloße für den Begriff der Beihilfe indifferente Modalität erscheint es ferner, ob die physische Beihilfe infolge eines förmlichen Versprechens oder ohne ein solches geleistet wird. Willkührlich ist es jedoch, diese verschiedenen Formen als verschiedene Schuldgrade zu fixiren, da vielmehr diese Unterschiede fließend sind und nur das allgemein gesagt werden kann, daß die Beihilfe um so intensiver verbrecherisch werde, je mehr sie sich der Urheberschaft annähere. Unabhängig hievon ist jedoch ein Unterschied, der die größere oder geringere Schuld der Beihilfe durchgängig bestimmt, nämlich: ob der Gehilfe ein genereller oder ein specieller ist.

Anm. — Intellektuelle Beihilfe[1]) ist nur in der Form des Raths (Unterrichts) möglich: und der Rath wird auch gewöhnlich nur als Beihilfe sich darstellen, wiewohl allerdings auch wirkliche Urheberschaft darin liegen

1) Mittermaier N. Arch. III. S. 137. Vgl. Henke Hdb. I. S. 270—272.

kann. Alle andern Arten intellektueller Einwirkung begründen der Natur der Sache nach Urheberschaft. Denn Befehl, Auftrag, Verführung, Bitten, Drohungen, Versetzung in Irrthum können, dolus überhaupt vorausgesetzt, nicht mit der Absicht bloßer Beihilfe, sondern nur mit der Absicht der Urheberschaft gedacht werden, weil alle diese Arten von intellektueller Einwirkung voraussetzen, daß der Entschluß zum Verbrechen in einem anderen Subjekte erst geweckt, oder dieses wider sein Wissen zu der verbrecherischen Handlung bestimmt, jedenfalls also zum bloßen Mittel für den intellektuell Einwirkenden, als den geistigen Schöpfer der That gemacht werden soll, — während der Rath die Anerkennung eines fremden Subjekts als Selbstzwecks der Handlung nicht ausschließt. Wenn daher Heffter (§. 84.) sagt: Gehilfe sei auch der, welcher in dem Andern den Entschluß zum Verbrechen — durch Rath, Zureden, entfernte Drohungen, Versprechungen u. dgl. — bestärke oder lebendig erhalte, so geht er zu weit, da er hier schon die Funktionen eines wahren Miturhebers mit der bloßen Beihilfe vermischt. Er fühlt dies auch selbst, wenn er §. 98 n. 2 sagt: „Man denke nur an Jemand, der den bereits entschlossenen Hauptthäter, wenn dessen Entschluß von Zeit zu Zeit erkaltet, immer wieder von Neuem anregt und mit Rath unterstützt: ein Fall, wo man den Gehilfen kaum vom Miturheber wird unterscheiden können." Man würde überhaupt in dieser Lehre zu minderschwankenden Resultaten gelangen, wenn man den Unterschied von Urheberschaft und Beihilfe, wie er oben aufgestellt wurde, festhalten wollte, statt bald sich mit der einseitig objektiven Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenursache, bald mit der einseitig subjektiven Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Interesse zu behelfen. Nur diese

schiefen Unterscheidungen sind es auch, wodurch sich die Meisten bestimmen lassen, von bloßer intellektueller Beihilfe zu reden, wenn der intellektuell Einwirkende an einen schon für sich Entschlossenen gerathen ist. Wenn Feuerbach[1]) zur intellektuellen Beihilfe als Requisit fordert, daß der Wille des Andern zur That schon vollkommen bestimmt gewesen sei, so hat er damit ganz Recht, da er zugleich sagt, daß dies nur beim Rath stattfinde. Ganz etwas Andres ist aber die gewöhnliche Behauptung[2]), daß auch Auftrag, Befehl ꝛc., wenn sie einem bereits für sich Entschlossenen ertheilt werden, bloße Beihilfe darstellen. Darin liegt ein innerer Widerspruch, wenigstens bei denen, welche bei eigenem unmittelbarem Interesse an der That Urheberschaft annehmen. Denn dies Moment wird ja keineswegs aufgehoben dadurch, daß es sich auch bei einem andern Subjekte findet. Offenbar fällt man also mit jener Behauptung wieder auf den rein objektiven Standpunkt zurück, indem man hier den Mandatar als Hauptursache, den Mandanten nur als Nebenursache betrachten zu können glaubt. Vielmehr tritt aber im vorausgesetzten Falle einfach der Begriff des Versuchs ein, wie dies auch Wächter Lehrb. I. S. 149[3]) richtig angiebt. Der Mandant, der Befehlende kann nie anders, denn als Urheber gedacht werden, d. h. als ein solcher, der sich selbst als Zweck setzt, (was ja eben darin am Deutlichsten liegt, daß er einen Andern zu seinem Mittel machen will). Trifft er nun mit seiner Thätigkeit auf einen zuvor schon Entschlossenen, der das

---

1) Lehrb. §. 50.

2) Grolman Lehrb. §. 33 n. c. Abegg Lehrb. S. 113. Marezoll S. 93.

3) Vgl. Bauer Abh. I. S. 430.

Verbrechen sofort als seine eigene, nicht als des Mandanten Schöpfung verwirklicht, so ist offenbar das Thun des Mandanten ein bloßer Versuch geblieben; d. h. es ist in dem Kreise der äusseren Bedingungen etwas (das Fürsichentschlossenseyn des Andern) eingetreten, was bewirkt, daß die Handlung nicht als das Produkt des Mandanten zur Existenz kommt. Wenn Luden [1]) diese Ansicht ebenso, wie die hier bekämpfte, verwirft, so hängt das mit seiner ganzen gekünstelten Ansicht über die Theilnahme am Verbrechen zusammen, wovon erst bei der Miturheberschaft näher die Rede seyn kann. Ueber physische Beihilfe s. östr. Strafgb. I. §. 5. [2])

Der Unterschied zwischen bestimmter und unbestimmter Beihilfe [3]) wird gleichfalls von Luden verworfen, weil sich ein verbrecherischer Entschluß gar nicht anders, als in Beziehung auf ein bestimmtes Verbrechen fassen lasse. Aus demselben Grunde sei auch der Eintritt in eine Bande nicht als Theilnahme an den noch unbekannten künftigen Verbrechen, sondern entweder als ein für sich bestehendes Verbrechen, oder als eine bloß zu polizeilichen Sicherheitsmaßregeln berechtigende Handlung aufzufassen. Allein dieser Grund ist schief. Denn in der Natur der verbrecherischen Absicht liegt es keineswegs, daß sie nur in der behaupteten Beschränkung auf einen individuellen Fall vorkommen könnte. Selbst in Beziehung auf den Urheber kommt das Gegentheil vor, nicht nur im Fall der Bande, welchen L. ganz

---

1) Abh. II. S. 352—354.

2) Vgl. Kitka Zusammentreffen, S. 70—72. Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 303 ff.

3) Grolman §. 36 erste Hälfte, vgl. Konopak N. Arch. VII. S. 311. Wächter I. §. 90 n. 86.

richtig hierherzieht, sondern auch im Fall des fortgesetzten Verbrechens, dessen Wesen gerade darin besteht, daß aus einem Generalentschlusse eine unbestimmte Menge einzelner Akte hervorgeht, überdies bei einer Reihe bestimmter Verbrechen, die ihre specifische Natur gerade in dem Momente des Gewerbsmäßigen haben. Noch viel weniger läßt sich aber jene Beschränkung in Beziehung auf die Beihilfe rechtfertigen. Denn wie sollte man dadurch, daß man eine gewisse Art von Verbrechen im Allgemeinen unterstützt, aufhören, bestimmte Verbrechen zu unterstützen? Offenbar liegt ja in einer solchen allgemeinen Theilnahme an und für sich selbst die Theilnahme an den besondern Verbrechen.

Am meisten bestritten ist aber ferner der Unterschied zwischen positiver und negativer Beihilfe (von Wächter Begünstigung vor der That genannt). Während Stübel a. a. O. [1]) §. 43—54 die negativen Gehilfen sogar in der Regel unter die Miturheber gezählt wissen will, so wollen mehrere Neueren dieselben entweder überhaupt nicht mehr als Gehilfen angesehen, oder ihre Strafbarkeit nur von bestimmten Pflichtverhältnissen abhängig gemacht wissen [2]). Henke, Mittermaier u. A. geben wenigstens zu, daß eine solche negative Unterstützung, wenn sie vorher zugesagt sei, durchaus zu der verbrecherischen Beihilfe gezählt werden müsse. Nun kann zwar allerdings die Ansicht von Stübel nicht

1) In seiner späteren Schrift springt Stübel auch in diesem Punkte auf das entgegengesetzte Extrem über. S. 58—62.

2) Feuerbach §. 49. Kleinschrod §. 201. Grolman §. 35. Wächter I. S. 153. Henke I. S. 281. Marezoll S. 96. 97. Luden Abh. II. S. 236 ff. Rossi II. S. 67. 68. Carmignani II. S. 406. Mittermaier n. 13 zu Feuerbach §. 49.

gebilligt werden, bei welcher übrigens zweierlei Punkte zu unterscheiden sind. Für's erste nämlich behauptet er: Wer das physische Vermögen habe, den Andern von einem Verbrechen abzuhalten, und solches zu thun unterlasse, in dem liege zugleich mit die Ursache der Existenz dieses Verbrechens, und er sei daher als Miturheber zu betrachten. Für's zweite behauptet er: die Nichtverhinderung des Verbrechens eines Andern sei im Staate (nach dem allgemeinen Staatsrechte) als pflichtwidrig und unerlaubt anzusehen. Wie nämlich jedes Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft vermöge des bei dem Begriffe des Staats zu Grund gelegten Vereinigungsvertrags die vollkommene Verbindlichkeit habe, den allgemeinen Zweck der Rechtssicherheit zu befördern, so sei auch jeder Einzelne in derselben vollkommen verbunden, zur Sicherheit aller Zwangsrechte Alles beizutragen, was in seinen Kräften stehe, ausgenommen in dem Falle, wo diese Pflicht mit dem Rechte und der Pflicht der Selbsterhaltung in eine wahre Kollision komme. Mit Recht tadelt er von diesem Standpunkte aus diejenigen, welche (wie Kleinschrod u. A.) jene Pflicht auf staatsgefährliche oder Staatsverbrechen oder schwerere Delikte beschränken. Allein, was seine eigene Ansicht betrifft, so ist beim ersten Anblick so viel klar, daß seine beiden Behauptungen nicht neben einander Platz haben. Liegt in der Nichtverhinderung Miturheberschaft, so braucht es der Deduktion einer allgemeinen Staatsbürgerpflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen nicht mehr, vielmehr setzt eine solche Deduktion das Bewußtseyn voraus, daß die erstere Ansicht nicht genüge. Dies haben denn auch neuere Kriminalisten wohl eingesehen. [1])

1) S. besonders Oersted Grundregeln S. 201—211, der den ersten

Die Polemik gegen Stübel hat aber verschiedene Wege eingeschlagen. 1) Sein Satz, daß die Nichtverhinderung Miturheberschaft involvire, hat eine ausführliche Bekämpfung durch Luden erfahren, deren Resultat ist, daß in der Nichtverhinderung überall keine Theilnahme an fremden Verbrechen, also weder Miturheberschaft noch Beihilfe liege, daß dieselbe vielmehr bloß als eigentliches Unterlassungsverbrechen strafbar seyn könne. 2) Eben hievon gehen auch Andre aus, die gleichwohl die Nichtverhinderung bei der Theilnahme an Verbrechen überhaupt als negative Beihilfe aufführen. Denn, indem sie darin nur in gewissen besonderen Fällen eine strafbare Theilnahme erblicken wollen, stellen sie sich ganz auf den Standpunkt des bloßen Polizeivergehens und haben mit jener Subsumtion unter den allgemeinen Begriff der Theilnahme, der keine Restriktion zuläßt, Unrecht. (Feuerbach, Abegg, Heffter, Marezoll u. A.) 3) Konsequenter ist daher Henke, der gleich Luden die Nichtverhinderung, soweit sie nur partikulär strafbar seyn soll, unter den Gesichtspunkt des Unterlassungsverbrechens bringt, daneben aber noch mit Recht anerkennt, daß wenigstens die vorher zugesagte Nichtverhinderung durchaus unter den Begriff der verbrecherischen Beihilfe falle [1]). Betrachtet man diese Ansichten näher, so muß man ad 1 zugeben, daß die Stübel'sche Ansicht, sofern sie in der Nichtverhinderung in der Regel Miturheberschaft sieht, sich nicht halten läßt. Sie beruht auf der unrichtigen Ansicht Stübels über das Wesen der Urheberschaft überhaupt. Allein

Grund Stübels verwirft, dagegen dem zweiten energisch beipflichtet.

1) So auch Mittermaier a. a. O.

aus demselben Grunde kann auch Ludens Ansicht nicht für richtig gehalten werden, wenn dieser von demselben Standpunkt aus das gerade Entgegengesetzte behauptet. Stübel sagt: in der Nichtverhinderung eines fremden Verbrechens liegt stets eine Mitursache seiner Existenz: Luden dagegen sagt, gerade dies sei nicht der Fall, durch die Nichtverhinderung werde hier nicht das Verbrechen bewirkt, sie könne gar nicht als Theilnahme an diesem, welches seine zureichende Ursache für sich habe, angesehen werden. Beide legen also den falschen Begriff von Urheberschaft, wie er nach der einseitigen Auffassung der objektiven Kausalität gebildet ist, zu Grunde. Dabei hat Stübel das richtige Gefühl, daß hier der Begriff der Theilnahme anschlage, Luden das richtige Gefühl, daß hier in der Regel nicht von Miturheberschaft die Rede seyn werde. Die Wahrheit ist aber, daß hier in der Regel verbrecherische Beihilfe vorliegen wird, wiewohl sich allerdings auch wohl der Fall einer wahren Miturheberschaft denken läßt. Auch Luden giebt zu, daß, sobald in der Nichtverhinderung wirklich die Ursache des Eintritts der verbrecherischen Erscheinung gefunden werden könne, allerdings von Urheberschaft die Rede seyn müsse. Abh. II. S. 252 n. 1. Er läugnet nur, daß dies schon von einer solchen Nichtverhinderung gesagt werden könne, welche bloß darin bestehe, daß man das verbrecherische Vorhaben eines Andern nicht zur Anzeige bringe oder diesen nicht durch physische oder moralische Mittel abhalte. Allein eben dieses Läugnen beruht nur auf dem vorausgesetzten falschen Begriff von Urheberschaft. Zur Beihilfe gehört ja nun aber keineswegs, daß man eine unentbehrliche Mitursache des Verbrechens werde, sondern es genügt, daß man in böser Absicht die Verübung eines Verbrechens durch

einen Andern erleichtre. Unzweifelhaft kann dies auch dadurch geschehen, daß man ihn nicht, wo man es könnte, durch physische oder moralische Mittel von der Begehung des Verbrechens abhält, so wie dadurch, daß man sein verbrecherisches Vorhaben nicht zur Anzeige bringt, den Bedrohten nicht warnt ꝛc. Weil dieß eben so offenbar ist, so macht Luden noch die weitere Konzession, daß auch die Nichtverhinderung dann als Theilnahme behandelt werden soll, wenn nachgewiesen werden könne, daß das Verbrechen, welches der Andre begeht, ohne jene Unterlassung nicht begangen worden wäre, namentlich also, wenn das Verhältniß der beiden Personen, des Thäters und des Mitwissers, von der Art sei, daß diesem ein rechtlich anerkannter Einfluß auf jenen zustehe. Allein, da es eben auf diese bloß objektive Kausalität nicht ankommt, die Theilnahme vielmehr lediglich darin beruht, daß man ein fremdes Verbrechen entweder zu seinem eigenen Zwecke oder sich zum Mittel dieses Zwecks als eines fremden macht, so kann auch jene Beschränkung nicht begründet seyn. Man muß nur immer wohl im Auge haben, daß das Nichtverhindern allein noch keine verbrecherische Beihilfe ausmacht, sondern nur das dolose Nichtverhindern, und daß dieser dolus dem Mitwisser bewiesen werden muß. Bedenkt man dies, so wird man in der Anerkennung des hier vertheidigten Satzes keine Gefahr für die bürgerliche Freiheit finden. Eben diese Furcht scheinen aber die ad 2 angeführten Kriminalisten zu haben, welche jedenfalls darin fehlen, daß sie von einer verbrecherischen negativen Beihilfe überhaupt sprechen und gleichwohl diesen, seiner Natur nach generellen, Begriff nur auf specielle Fälle anwenden wollen. Will man Letztres, so muß man Erstres nicht wollen. Man muß dann,

wie Luden, aufhören, von verbrecherischer Theilnahme mittelst Nichtverhinderung zu reden [1]), und letztre unter den Gesichtspunkt des (polizeilichen) Unterlassungsverbrechens bringen, wo sich dann fragt, ob mit Recht eine allgemeine Staatsbürgerpflicht zur Nichtverhinderung angenommen werden könne? Eben dies wird nun, gegen Stübel, von Feuerbach u. A. geläugnet; Feuerbach sagt einfach: an sich und ursprünglich sei der Bürger zu Verhinderung fremder Verbrechen nicht vollkommen verpflichtet [2]), deshalb könne hier ein verbrecherisches Benehmen nur unter Voraussetzung eines die Verhinderung befehlenden Gesetzes oder einer Amtsverbindlichkeit entstehen. Damit ist eigentlich geradezu der Gesichtspunkt des Unterlassungsverbrechens aufgestellt. Zweideutiger sagt Abegg [3]): der Fall könne allerdings als negative Beihilfe bezeichnet werden, überall aber müsse die Unterlassung den Charakter einer Handlung haben, darum werde hier näher erfordert, daß es eine positive Verpflichtung gewesen sei, das Verbrechen zu verhindern und anzuzeigen. Allein hiegegen bemerkt Henke sehr richtig: Wenn man jene Unterlassungen eben nur da für strafbar erkläre, wo eine besondere Verbindlichkeit obgewaltet habe, die durch das Verbrechen bedrohte Person zu vertheidigen, oder die Person des Verbrechens von rechtswidrigen Handlungen abzuhalten, oder wenn eine durch das Gesetz ausdrücklich auferlegte Verbindlichkeit bestehe, durch Mittheilung seiner Kenntniß von einem bevorstehenden Verbrechen an die öffent-

1) S. auch Henke I. S. 281, wo dies ganz treffend angedeutet ist.

2) Vergl. Heffter §. 81. n. 2.

3) Lehrb. §. 76. Zusatz. Andre, wie Wächter, Marezoll berufen sich einfach auf das positive Recht.

lichen Behörden zur Verhinderung desselben beizutragen, so erscheinen sie freilich als verbrecherisch, allein nicht sofern sie auf das nichtverhinderte Verbrechen bezogen werden, sondern sofern sie als Verletzungen besondrer Verbindlichkeiten sich darstellen. — Ganz richtig. Die Fragen müssen getrennt werden. Entweder ist von negativer Beihilfe zu sprechen, dann können nicht bloß einzelne Fälle als strafbar bezeichnet werden: oder man hat mit Letzterem Recht, dann muß man jenen Begriff verwerfen und sich überall nur auf den polizeilichen Standpunkt stellen. Im bisherigen wurde nun gezeigt, daß allerdings der Begriff der negativen Beihilfe Realität habe. Eben dies giebt nun ad 3 auch Henke zu, indem er nur noch das Requisit hinzufügt, daß solche Beihilfe vorher versprochen seyn müsse. Es scheint diese Beschränkung aber nicht begründet werden zu können. Denn es handelt sich hier nicht von einer bloßen Begünstigung des bereits begangenen Verbrechens, wo das gedachte Requisit allerdings nothwendig ist, sondern von einer Erleichterung des erst zu begehenden. Von solcher Beihilfe wird ja aber sonst nicht gefordert, daß sie ausdrücklich zugesagt seyn müsse, wie sie denn auch ohnedies vollkommen — und selbst so stattfinden kann, daß auf sie gezählt wird. Abgesehen von dieser Beschränkung also, muß die Ansicht von Henke für richtig gehalten und nur nochmals beigefügt werden, daß ein wesentliches Requisit dieser negativen Theilnahme der dolus ist, der übrigens nicht bloß dolus des Gehilfen, sondern auch dolus eines wahren Miturhebers seyn kann. — Erkennt man nun dies an, so erhält fernerhin die Frage, wie sie von Stübel aufgeworfen wurde, ob es eine allgemeine Staatsbürgerpflicht zur Verhinderung fremder Verbrechen gebe, einen andern Sinn. Nämlich zuvör-

derst ist es dann bereits entschieden, daß es eine allgemeine Pflicht gebe, nicht dolose fremde Verbrechen auf die fragliche Weise zu befördern [1]. Wenn dann weiter der polizeiliche Standpunkt betreten wird, so kann sich nur noch fragen: Soll überhaupt die Nichtverhinderung, auch die nicht dolose, mit Strafe bedroht, soll daraus ein allgemeines Unterlassungsverbrechen gemacht werden, oder soll dies bloß für gewisse besondere Verhältnisse (Amts- Familien-Verhältnisse rc.) geschehen? Die so gestellte Frage wäre dann wohl unbedenklich mit Henke dahin zu entscheiden, daß es eine Schmach für den Staat sei, in diesem Punkte ein allgemeines Unterlassungsverbrechen zu schaffen, daß er vielmehr sich mit dem Institute der Rechtspolizei zu begnügen und nicht seine sämmtlichen Angehörigen zu Polizeidienern zu machen habe. — Die hier ausgeführten Grundsätze liegen denn auch im Wesentlichen dem gemeinen deutschen Rechte zu Grunde, und erst neuere Gesetzgebungen haben die ebengedachte, des Staats nicht würdige Ansicht in's Leben eingeführt.

Ausser den bisher genannten Unterschieden wird nun auch der von vertragsmäßiger und zufälliger Beihilfe aufgeführt. Allein alle diese Unterscheidungen können keineswegs zu bestimmten Schuldgraden fixirt werden, wie dies von Kleinschrod u. A. [2] versucht worden ist. Vielmehr sagt Heffter §. 98 n. 2 sehr richtig: „Es ist hier durchaus unmöglich, genauere Verhältnisse der Strafbarkeit aufzustellen. So kann bald

1) S. auch Bauer Abh. I. S. 424. 456.

2) System. Entw. §. 199. 202. 204. 206. s. auch Henke I. S. 531. 532. Feuerbach §. 114. besonders aber Borst N. Arch. VII. S. 699—703.

negative, bald positive Beihilfe strafwürdiger erscheinen, und selbst die sogenannte Begünstigung nach der That strafbarer, als manche vorangehende Theilnahme, besonders wenn jene schon vorher zugesagt war, oder wenn sie in einer eigenen Participation an den Folgen und Vortheilen der That selbst besteht. So kann intellektuelle Beihilfe zuweilen die allerstrafbarste seyn." Ebenso unrichtig als allgemeiner Satz ist, daß der vertragsmäßige Gehilfe strafbarer sei, als der zufällige. Man kann deshalb eben nur mit Heffter so viel sagen: daß die Strafbarkeit des Gehilfen um so größer sei, je mehr sich sein Wille dem des Urhebers genähert und angeschlossen habe, ein Unterschied, der etwas Aehnliches mit dem von unmittelbarer und mittelbarer Beihilfe hat, sofern man nur diesen nicht einseitig objektiv nimmt. Es ist hier wie beim Versuch, wo gleichfalls feststeht, daß mit der Annäherung an die Vollendung die Intensität der Schuld wächst, ohne daß gleichwohl der Reichthum des Lebens in bestimmte Schuldgrade sich bannen ließe.

Hievon unabhängig ist nun aber der Unterschied [1]) zwischen generellen und speciellen Gehilfen, und der Satz, daß letztere in der Strafbarkeit von ersteren differiren. Denn dieser Unterschied berührt das Wesen der Beihilfe nicht, bezieht sich vielmehr nur auf das persönliche Verhältniß des Gehilfen zum Gegenstande des Verbrechens. Gewisse Verbrechensgattungen haben nämlich besondere Arten, die entweder qualificirt, oder privilegirt sind, bald hinsichtlich des Objekts, bald hinsichtlich der Art der Begehung, bald wegen besondrer Verhältnisse des Verbre-

---

1) Konopak N. Arch. VII. S. 297—331. Feuerbach §. 52. Wächter §. 89. n. 80. Vergl. auch Brakenhoeft N. Arch. 1840. S. 410—433. Bisini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 304—317.

chers zum Gegenstande des Verbrechens. Von den letzteren Fällen ist nun hier allein die Rede. Daher kann das von Grolman §. 36. n. b angef. Beispiel des Diebstahls durch Einbrechen nicht für passend erachtet werden. Verbrechen nämlich, die durch ihr Objekt oder die Art der Begehung qualificirt sind, wie der Kirchendiebstahl oder der gefährliche Diebstahl, sind es schlechthin. Hier kann es zwar vorkommen, daß der Gehilfe in der Meinung ist, nicht zu einem qualificirten, sondern nur zu einem einfachen Verbrechen mitzuwirken; dann versteht sich, was Grolman sagt, von selbst, d. h. daß er nur als Gehilfe des einfachen Gattungsverbrechens strafbar ist, während er, sobald er den wahren Sachverhalt kennen würde, als Gehilfe des qualificirten Verbrechens zu behandeln wäre, — weil für die Qualifikation in einem objektiv allgemeinen Momente liegt. Daß mithin im ersten Fall hier der Gehilfe — nach Grolmans Ausdruck — bloß genereller Gehilfe ist, folgt einfach aus den bekannten Grundsätzen über den faktischen Irrthum. Allein eine ganz andere Frage ist es, ob der Gehilfe, der zu solchen Verbrechen mitwirkt, welche wegen besondrer persönlichen Verhältnisse qualificirt oder privilegirt sind, (wie Verwandtenmord, Familiendiebstahl) auch dann, wenn er um die Qualifikation weiß, bloß genereller Gehilfe bleibe, oder ob er durch dieses Wissen specieller Gehilfe werde? Letzteres behauptet Luden Abh. II. S. 356 ff. In erster Linie sagt er es zwar nur in Beziehung auf die von ihm sogenannte: wechselseitige Theilnahme, womit er, wie es scheint, die sonst gangbare Bezeichnung: Komplott und vertragsmäßige Beihilfe ersetzen will. Allein, da er auch für die von ihm sogenannte einseitige Theilnahme (die auch wechselseitig vorkommen könne), also wie es

scheint, für den Fall zufälliger Miturheberschaft oder nicht versprochener Beihilfe im Wesentlichen dasselbe behauptet, so kann gleich hier darauf eingegangen werden. Wenn gleich nämlich zwischen dem Fall der wechselseitigen Theilnahme einerseits, und dem Fall der einseitigen oder wechselseitig-einseitigen Theilnahme andrerseits bedeutende Verschiedenheiten eintreten sollen, so sollen doch diese Verschiedenheiten nicht auf den Theilnehmer, sondern nur auf den, an dessen Handlung Theil genommen wird, sich beziehen, d. h. also, die Beihilfe soll in beiden Fällen gleich behandelt werden. Der Grund des erhobenen Widerspruchs liegt nun in der Behauptung: Theilnahme am Verbrechen eines Andern könne schlechthin nur dadurch entstehen, daß sich der Theilnehmer den verbrecherischen Entschluß eines Andern aneigne, daß er eben den Entschluß des Andern ganz auch zu dem seinigen mache. Nun könne dies natürlich nur insoweit geschehen, als dem Theilnehmer der fremde Entschluß bekannt sei (s. Grolman in der o. a. Stelle). Allein, soweit eben der Theilnehmer den fremden Entschluß kenne, werde er nicht bloß genereller, sondern auch specieller Theilnehmer, mithin z. B. nicht bloß Gehilfe eines gemeinen Mords, sondern eines Verwandtenmords (wenn er gleich selbst ein extraneus sei), nicht bloß Gehilfe eines gemeinen Diebstahls, sondern eines Familiendiebstahls (wenn gleich er selbst nicht in einem Familienverhältnisse mit dem Bestohlenen stehe). Nur bei der einseitigen Theilnahme könne es vorkommen, daß der Theilnehmer specieller Theilnehmer werde, während der Andere bloß das Gattungsverbrechen begehe, z. B. wenn die von einem extraneus verübte Ermordung, an welcher er Theil nahm, gegen einen Verwandten des Theilnehmers gieng. — Man könnte nun zunächst daran denken,

die auffallende Behauptung Ludens dadurch zu erklären, daß er den oben angef. Unterschied zwischen den Gründen, aus welchen ein Verbrechen qualificirt, beziehungsweise privilegirt seyn kann, übersehen habe. Allein diese Erklärung schneidet er selber ab, indem er ausdrücklich sagt: man solle nicht einwenden, bei der Species mancher Verbrechen sei es, um sich ihrer schuldig machen zu können, schlechterdings nothwendig, daß sich der Handelnde in den besonderen Verhältnissen befinde, welche zu ihrem Thatbestande vorausgesetzt werden, so daß der Theilnehmer, wenn er sich nicht in diesen Verhältnissen befinde, doch nur genereller Theilnehmer sei, d. h. nur an der Verbrechensgattung Theil genommen habe, zu welcher jene Species gehöre. Gegen diese allerdings sehr treffende Einwendung sucht er zweierlei geltend zu machen, a) die besonderen Verhältnisse, in welchen der Thäter etwa sich befinde, können überhaupt nicht zum Thatbestande des Verbrechens gerechnet werden. b) aus der realen Wahrheit der Dinge folge, daß derjenige, welcher sich den Entschluß eines Andern aneigne, auch an der Species des Verbrechens Theil nehme, wenn der Entschluß des Letzteren wirklich auf diese Species gerichtet gewesen sei. — ad a) geht die Ansicht Ludens Abh. II. S. 153. n. 1. näher dahin: daß die qualificirten und privilegirten Verbrechen eigentlich gar nicht als Unterarten eines Gattungsverbrechens, sondern als selbstständig eigenthümliche Verbrechen bezeichnet werden sollten, und daß man daher sehr Unrecht thue, das in persönlichen Verhältnissen liegende qualificirende (oder privilegirende) Moment als objektives Requisit in den Thatbestand aufzunehmen, da doch z. B. zum Thatbestand des Verwandtenmords nur die Absicht, einen Verwandten zu morden, gehöre, so daß eines Theils nicht

immer Verwandtenmord vorliege, wenn der Mord gegen einen Verwandten gerichtet gewesen sei, und andern Theils auch noch von Verwandtenmord die Rede seyn könne, wenn die Richtung der Handlung gegen eine nicht verwandte Person gegangen sei. — Man könnte sich nun zuvörderst wundern, daß der sonst so eifrig den objektiven Standpunkt ausbeutende Verf. hier auf einmal der subjektiven Seite so große Koncessionen macht. Allein eben, wenn man seine Bemerkung als richtig gelten läßt, muß man sich noch mehr darüber wundern, wie er sich gerade hier darauf berufen mag? Zugegeben nämlich, daß das persönliche Verhältniß zum Ermordeten, Bestohlenen ꝛc. nicht zum Thatbestande des betreffenden Verbrechens gehöre, sondern nur die Absicht, einen Verwandten zu morden, zu bestehlen, daß hiemit, unter Voraussetzung dieser Absicht auch der Mord eines extraneus immer noch wenigstens versuchter Verwandtenmord bleibt, — so ist ja doch soviel ganz gewiß, daß in dem letzteren Falle der Thäter wenigstens in der Meinung gewesen seyn muß, einen Verwandten zu tödten, daß aber der Gesichtspunkt des Verwandtenmords überall hinwegfällt, wo er nur einen extraneus vor sich zu haben glaubte und wirklich hatte. Wo nun an der Tödtung eines Vaters durch seinen Sohn ein extraneus Theil nimmt da kann offenbar nur der Sohn einen Vater ermorden oder zu ermorden glauben, d. h. nur bei ihm kann (nach Luden) der Thatbestand des Verwandtenmords vorliegen; der extraneus aber, der hiezu mitwirkt, kann nicht einen Vater morden, kann ihn nicht zu morden glauben, noch ihn morden wollen, d. h. (nach Luden) für ihn liegt der Thatbestand des Verwandtenmords überall nicht vor. Gerade also, wenn der Thatbestand auf die von L. geforderte Weise bezeichnet wird, kann mit erhöhtem

Nachdruck gesagt werden, daß an einem Verwandtenmord sich überall nur solche betheiligen können, welche mit dem Ermordeten in Verwandtschaftsverhältnissen, wenn nicht wirklich stehen, so doch zu stehen überzeugt sind. — Wovon aber ad b) Luden behauptet, es verstehe sich von selbst, das folgt vielmehr gar nicht aus der realen Wahrheit der Dinge. Den Entschluß, einen Verwandten zu morden, kann sich überall nur derjenige aneignen, welcher selbst ein Verwandter des zu Ermordenden ist. Denn dadurch, daß ich mir den Entschluß eines Andern aneigne, kann ich die reale Natur der Dinge nicht verändern, kann nicht den Vater des Andern zu meinem Vater machen, ihn auch nicht dazu zu machen glauben. In der Theilnahme kann doch nicht die völlige Preisgebung des eigenen Selbst liegen. Wie aber in dieser Materie die Ausführung Ludens überhaupt voller Widersprüche ist, so dürfen wir auch hier nicht lange nach einer gerade entgegengesetzten Behauptung suchen [1]). L. giebt sich die größte Mühe, zu beweisen, daß man der intellektuellen Einwirkung durch Auftrag, Bitten ꝛc. durchaus nicht die Kraft der Kausalität zuschreiben dürfe, da vermöge seiner Freiheit jeder Mensch seine Entschlüsse nur aus sich selbst schöpfen und selbst dafür verantwortlich seyn könne. Mit dieser Berücksichtigung der freien, für sich selbst seienden Subjektivität steht es nun doch offenbar in schneidendem Widerspruche, wenn andrerseits behauptet wird, in der Theilnahme an dem Entschlusse eines Andern liege eine dermaßen selbstlose Hingebung, daß der Theilnehmer nun auch den Vater des Andern als seinen eigenen Vater betrachten müßte. Vielleicht könnte man meinen, diese

1) Abh. II. S. 349.

Art der Auffassung werde gerade durch den hier gegebenen Begriff von Beihilfe begünstigt; wenn man nämlich auch von mehreren Miturhebern annehmen müsse, daß jeder nur in seinem persönlichen Verhältnisse zum Gegenstand des Verbrechens berücksichtigt werden dürfe, weil ja jeder Urheber sich selbst als Zweck seiner Handlung setze, so scheine man beim Gehilfen gerade umgekehrt dafür halten zu müssen, daß ihm das Verbrechen so zuzurechnen sei, wie dasselbe vom Standpunkte des Urhebers aus erscheine, weil ja der Gehilfe sich eben nur als Mittel für einen fremden Zweck setze, weil er nur eine fremde Handlung unterstützen wolle. Allein dieser Einwurf ist doch nur scheinbar. Denn das qualificirende oder privilegirende Moment in den fraglichen Verbrechen ist eben kein objektiv allgemeines und absolutes, sondern nur ein subjektiv besonderes und relatives. Es tritt überall nur zwischen Personen ein, die wirklich in dem fraglichen Verhältnisse stehen oder zu stehen glauben. Eben deshalb kann es aber auf den Gehilfen so wenig, als auf den Miturheber, übergehen. Der Gehilfe, der nicht selbst Verwandter ist, kann sich gar nicht den Entschluß zu einem Verwandtenmorde aneignen. Denn der Mord, welchen der Andre begeht, ist nur für diesen ein Verwandtenmord, für jeden Dritten aber ein gemeiner; weshalb denn auch nur insoweit der Entschluß dazu von diesem Dritten getheilt werden kann. Wenn er sich nämlich gleich zum Mittel für einen fremden Zweck macht, so kann er doch für diesen fremden Zweck nur insoweit verantwortlich seyn, als er denselben möglicherweise auch als den seinigen setzen könnte. Eben dies verbietet aber hier die Natur der Dinge. Der nicht verwandte Gehilfe hilft einen Fremden umbringen oder bestehlen. Die fraglichen qualificirten oder privi-

legirten Verbrechen müssen also gerade so angesehen und behandelt werden, wie es Luden a. a. O. vom dritten Diebstahl ganz richtig zeigt, d. h. die qualificirenden oder privilegirenden Momente sind als bloß persönliche Schärfungs- oder Milderungsgründe zu betrachten, die den Gehilfen ebenso wenig berühren, als es ihm aufgerechnet wird, wenn der Dieb, dem er hilft, ein vielleicht zum drittenmal rückfälliger ist. Was dann die Beispiele betrifft, welche Luden aus dem gemeinen Rechte beibringt, so ist über das vom parricidium Heffter §. 255 n. 5 zu vergleichen; das andre (vom Ehebruche) ist aber sehr unglücklich gewählt; denn, wenn ein Unverheiratheter, der mit einer Verheiratheten konkumbirt, als Ehebrecher bestraft wird, so liegt der Grund wahrlich nicht darin, daß er sich den Entschluß der Letzteren, die Ehe zu brechen, angeeignet hätte, sondern darin, daß er selbst unmittelbar die Heiligkeit des ehelichen Verhältnisses verletzt hat (nicht etwa bloß nach kanonischem und deutschem Recht, sondern schon nach römischem, welches ihn einen temerator alienarum nuptiarum nennt [1]), wenn es gleich den Ehebruch noch nicht von dem Standpunkte der Heiligkeit des Familienverhältnisses, sondern als Injurie gegen den Ehemann auffaßt). Uebrigens tritt auch Luden selbst der richtigen Auffassung bei, wenn er bei einseitiger Theilnahme den Gehilfen zum speciellen Theilnehmer werden läßt, während der Urheber nur das Gattungsverbrechen begeht. Freilich ist dies wieder eine starke Inkonsequenz, da Luden eigentlich gerade das Gegentheil annehmen, d. h. sagen müßte: der Sohn, der an dem gegen seinen Vater gerichteten Mordplane eines extraneus Theil nimmt,

---

1) Wächter Abh. I. S. 104.

eignet sich eben nur den Entschluß dieses extraneus, d. h. nur die Absicht zu einem gemeinen Morde an und kann daher nur als genereller Mordgehilfe bestraft werden [1]). — Sehr lehrreiche Verhandlungen sind über die vorliegende Frage durch das Wirtemb. Strafgesetzbuch Art. 87 angeregt worden. Dieser Artikel spricht eben die Ansicht von Luden aus, freilich nicht, ohne selbst sogleich eine bedeutende Ausnahme hinsichtlich reiner Dienstvergehen zu machen. Seine praktische Anwendung bei den Gerichten hat jedoch seine gänzliche Unhaltbarkeit in so hohem Maße gezeigt, daß ein Gerichtshof darüber das harte Urtheil fällen konnte [2]): „Die Bestimmung des Art. 87 erscheint freilich hienach ganz folgewidrig; allein sie erscheint so nur in dem wahren Lichte, als ein dem ganzen Systeme des Gesetzes, sowie den richtigen Grundsätzen der Wissenschaft in gleichem Maße widersprechendes und eben darum, wie die Erfahrung zeigt, zu den gröbsten Rechtsungleichheiten führendes Einschiebsel, welches bei der Revision des GBs. nothwendig wieder ausgemerzt werden muß."

§. 138.

Was das Verhältniß der Beihilfe zu andern Schuldunterschieden betrifft, so liegt es 1) in ihrem Begriffe, daß sie nur in doloser Weise vorkommen kann. Sie setzt stets das dolose Verbrechen eines Andern voraus, als den Zweck, wofür sich der Gehilfe zum Mittel macht. Da nun eben dieses nur mit dem Bewußtsein geschehen kann, daß der Urheber ein Verbrechen beabsichtige, die culpa dagegen wesentlich

---

1) Vergl. noch **Rossi** III. S. 53. 54. Das franz. Recht folgt dagegen allerdings der falschen Regel. **Hellie** II. S. 123 ff. **Rauter** I. S. 213 ff.

2) Hufnagel Komment. III. S. 85.

auf dem Nichtbewußtsein über den verbrecherischen Charakter der Handlung beruht, so kann es keine kulpose Beihilfe geben. 2) Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung ist auch auf die Beihilfe vollkommen anwendbar; und es kann die Beihilfe in beiden Formen sowohl in Beziehung auf ein vollendetes, als auf ein bloß versuchtes Verbrechen, ja sogar in Beziehung auf ein bloß verbrecherisches Vorhaben, das noch nicht bis zum strafbaren Versuche gediehen ist, vorkommen.

Anm. — 1) Daß zur Beihilfe dolus gehöre [1], ist eine wohl fast allgemein angenommene Ansicht. Dabei entstehen indessen noch einige weiteren Fragen. a) ob es nöthig sei, daß wirklich von einem Andern ein doloses Verbrechen bezielt werde? Diese Frage wird von Heffter §. 85 bejaht, und zwar mit Recht. In der Anm. fügt er indessen bei: Wenn ein Gesetz ausdrücklich gefährliche Handlungen, die zur Ausführung von Verbrechen förderlich seyn können, strafe, so würde auch von Strafe, unabhängig von der Existenz eines Hauptverbrechens, die Rede seyn dürfen, welche Fälle man durch: qualificirte Beihilfe bezeichnen könnte. Allein es ist wohl klar, daß in solchen Fällen nur von der Urheberschaft in Bezug auf ein eigenthümliches Polizeivergehen die Rede seyn könnte. b) Ob zu Begründung der verbrecherischen Beihilfe das Bewußtsein genüge, daß die Handlung des Gehilfen zur Verübung des Verbrechens dienlich sei, oder ob er zugleich die Absicht haben müsse, die Mittel eigens zu Verübung des von dem Urheber beschlossenen Verbrechens herbeizuschaffen und auf diese Art zur Verübung der That mitwirken zu wollen? Diese

---

1) AM. Martin §. 75.

Frage wirft in der angef. Weise Kitka[1]) auf, und entscheidet sich für die erste Ansicht, indem er sagt: man dürfe die Beweggründe und Triebfedern, in welchen keineswegs das Wesen des bösen Vorsatzes gesucht werden dürfe, mit dem bösen Vorsatze selbst nicht verwechseln; das Wesen der Mitschuld liege lediglich darin, daß der Mitschuldige wisse, er leiste etwas zum Behuf einer verbrecherischen That, abgesehen davon, ob er ausserdem noch ein und welches Interesse an der Vollführung des Verbrechens habe oder nicht. So richtig das Gesagte ist, so überflüssig ist es auch, sobald man nur den dolus nicht als bösen Vorsatz, sondern in dem oben ausgef. Sinne als Absicht bestimmt. Treffender ist die auch von Kitka noch beigefügte Bemerkung, daß durch die Forderung eines eigenen unmittelbaren Interesses an der That der Gehilfe ja gerade zum Miturheber gestempelt würde.

2) Bestrittener ist die Frage, ob es auch einen Versuch der Beihilfe gebe? [2]) Widersprochen wurde dies von Feuerbach (Revision II. S. 247. 248), weil die Handlung des Gehilfen gar nicht unmittelbar die Hervorbringung des gesetzwidrigen Erfolgs bezwecke und der Gehilfe das Verbrechen gar nicht vollenden könne; man könne zwar von einem Versuche in Beziehung auf den Akt der Beihilfe selbst sprechen; allein in juristischer Hinsicht sei dies ohne Bedeutung; denn, wären die Vorkehrungen des socius zur Beihilfe conatus delinquendi, so müßte ja der Akt der Beihilfe selbst ein delictum

1) Ueber das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen rc. S. 61—69. Vrgl. Code pénal. Art. 60 Rossi III. S. 53 ob.

2) Vergl. Bode in Hitzig's Zeitschr. VIII. S. 61. Dagegen Mittermaier N. Arch. I. S. 79.

consummatum ausmachen; dies widerspreche aber geradezu dem Begriffe des Gehilfen, der dann Urheber seyn würde [1]). — Dies ist allerdings eine Konsequenz des einseitig den objektiven Kausalzusammenhang beachtenden Standpunkts, welchen Feuerbach in der ganzen Lehre von der Theilnahme am Verbrechen einnimmt. Hiernach kann nämlich die Beihilfe nie Hauptursache, sondern immer nur Nebenursache des Verbrechens seyn, das Verbrechen selbst also nie durch die Beihilfe zu seiner Vollendung kommen. Gleichwohl ist es nun ein saltus in probando, wenn hierauf weiter so argumentirt wird: Weil der Grund der Vollendung des Verbrechens nie bloß in der Beihilfe (als einer Nebenursache) liegen kann, so kann die Vollendung überall nur einem Urheber zugeschrieben werden. Denn offenbar sind doch Vollendung des Verbrechens selbst — und Vollendung des Akts der Beihilfe zwei ganz verschiedene Dinge. Möchte es daher immer wahr seyn, daß die Vollendung des Verbrechens nie durch die bloße Gehilfenthätigkeit zu Stande kommen könne (was freilich selbst falsch ist), so folgt daraus keineswegs, daß der Begriff der Vollendung überhaupt mit dem des Urhebers in einem unzertrennlichen Zusammenhange stehe, oder daß der Gehilfe, wenn man bei ihm von Vollendung (der Beihilfe) spreche, dadurch zum Urheber werde. — Vielleicht haben die neueren Vertheidiger derselben Ansicht die Mißlichkeit der Feuerbach'schen Argumente gefühlt: wenigstens bringen sie andre vor. So sagt Zachariä [2]), der gleich Feuerbach anerkennt, „daß es verschiedene Stufen oder Grade der Beihilfe mit Rücksicht auf das Fort-

---

1) Vergl. Martin Lehrb. §. 82.
2) Versuch I. §. 39.

schreiten der verbrecherischen Thätigkeit und der Wirksamkeit des Gehilfen für das Verbrechen gebe," d. h. also, daß der Typus des Versuchsbegriffs auf die Beihilfe anwendbar sei, gleichwohl, daß man juristisch von einem solchen Versuche nicht reden könne. Denn hiezu wäre erforderlich, daß der gesetzliche Begriff der Beihilfe gewisse, auf das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit bezügliche Merkmale an sich trüge, durch deren Vorhandensein der vollständige Begriff der Beihilfe bedingt würde. Allein dies sei nicht der Fall, da der vollständige Begriff der Beihilfe sogleich vorhanden sei, sobald nur irgend eine auf Beförderung des Delikts gerichtete Handlung in die äussere Existenz trete. — Das hat allerdings einigen Schein, sofern die positiven Gesetze, namentlich auch die neusten, von Beihilfe überhaupt reden es mag viel oder wenig geleistet seyn, ja sogar dann schon, wenn eine physische Mitwirkung vor oder nach der That auch nur zugesagt wird, möge sie auch gleich hinterher gar nicht geleistet werden [1]). Allein damit ist von den Gesetzen keineswegs gesagt, daß nun auch alle verschiedenen Grade von Beihilfe, daß namentlich die wirklich geleistete mit der bloß versprochenen über Einen Leisten geschlagen werden solle [2]). Wenn sie aber hier einen Unterschied in der Strafbarkeit statuiren, so kann dies seinen Grund einzig und allein darin haben, daß sie die mehr oder minder fortgeschrittene Thätigkeit des Gehilfen unter das Princip und den Typus des Versuchs (die mit der Extensität der Thätigkeit wachsende Intensität der Schuld) stellen. Ganz besonders klar wird dies aber dadurch, daß die Gesetze die Straflosigkeit

1) Kitka a. a. O. S. 78.
2) Hufnagel Komment. III. S. 100.

wegen freiwilligen Abstehens auch bei der Beihilfe eintreten lassen, da der gedachte Satz seine Begründung wesentlich in der innersten Natur des Versuchs hat (was von Zachariä §. 40 zwar geläugnet wird, aber umsomehr ohne Grund, da er es nachher selbst behauptet und weitläufig ausführt). Allerdings hat Z. darin Recht, daß sich nicht objektiv feststellen läßt, wann die Beihilfe vollendet ist, und daß insofern ein wesentlicher Unterschied zwischen ihr und der Urheberschaft stattfindet, daher denn auch die Abfertigung des von Hepp ihm entgegengehaltenen apapogischen Beweises vollkommen gerechtfertigt ist. Allein bei der Beihilfe tritt ein, was beim Urheber des Hauptverbrechens nicht zuläßig wäre: daß nämlich der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung subjektiv, d. h. nach der Absicht des Gehilfen bestimmt werden muß. Hat er also bloß Beihilfe versprochen, aber gar nicht, oder nicht im versprochenen Maße geleistet, oder hat er eine nicht versprochene Hilfe zu leisten angefangen, ist aber unter Umständen unterbrochen worden, welche keinen Zweifel über eine weiter gehende Absicht übrig lassen, so ist bloßer Versuch der Beihilfe anzunehmen. So nimmt es denn auch das Bair. Strafgb. I. Art. 82 an, und auch nach neuem Wirtemb. Rechte waltet kein Zweifel darüber ob, daß zwischen Versuch und Vollendung der Beihilfe zu unterscheiden sei, und daß beiderlei Formen sowohl bei einem versuchten, als bei einem beendigten Verbrechen vorkommen können (nur der Umstand, daß das Wirt. GB. die Vorbereitungshandlungen straflos läßt, bringt einige Modifikationen hervor [1]). Heffter §. 85 n. 3 meint zwar, der Versuch einer intellektuellen Beihilfe werde

1) Hufnagel Komm. III. S. 104—106.

sich schwer annehmen oder zur Gewißheit bringen lassen. Allein mit Unrecht: denn es kann z. B. Jemand dem intellektuellen Urheber zusagen, daß er den physischen mit Rath unterstützen, ihm Unterricht ertheilen wolle, gleichwohl aber kann dies Versprechen nicht in Erfüllung gehen, sei es daß der Gehilfe selbst sich anders entschließt, oder daß er durch äussere Umstände verhindert wird, oder daß der physische Urheber den Rath und Unterricht nicht annimmt u. s. f. Man muß daher Bauer [1]) beistimmen, wenn er allgemein sagt: „Die Beihilfe ist nur eine versuchte, wenn der Gehilfe durch eine äussere Handlung die Absicht, das Verbrechen eines Andern zu befördern, an den Tag gelegt hat. Vollendet ist die Beihilfe, wenn der Gehilfe Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Beförderung des vom Andern beabsichtigten Verbrechens geschehen konnte oder sollte. Ob das Verbrechen selbst vollendet wurde oder nicht, darauf kommt es bei dieser Unterscheidung nicht an. Es kann zu einem vollendeten Verbrechen eine bloß versuchte Beihilfe, und zu einem bloßen Versuche eines Verbrechens eine vollendete Beihilfe geleistet seyn. Ja die Beihilfe kann vollendet seyn, ohne daß das Verbrechen, welches dadurch befördert werden sollte, auch nur versucht worden wäre. Wenn z. B. Einer sein geladenes Pistol dem Andern zu dem von diesem beabsichtigten Morde wissentlich und vorsätzlich geliehen hat, so ist seine Beihilfe vollendet, wenn auch der Andere die Absicht zu morden ganz aufgiebt, ohne irgend etwas zur Ausführung dieses Verbrechens gethan zu haben.“ — Es wurde schon oben bemerkt, daß die Anerkennung dieser Sätze praktisch vornämlich deshalb von Wichtigkeit sei, damit

---

1) Abhandl. I. S 459.

der Grundsatz von der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs auch auf die Beihilfe angewendet werden könne. Soll dies nun aber wirklich geschehen können, so genügt es nicht etwa daran, daß der Gehilfe bloß einfach seine Zusage nicht erfülle oder bloß einfach von der bereits begonnenen Hilfeleistung wieder abstehe, da in beiden Fällen (ausser wenn das Verbrechen selbst wirklich infolge dieses Rücktritts des Gehilfen unterblieben ist) immer noch ein Rest von intellektueller Beihilfe zurückblieb. Sondern es muß der Gehilfe dem Urheber ausdrücklich erklären, daß er auf ihn nicht zu rechnen habe (welcher Effekt natürlich noch gewisser darin liegt, wenn der Gehilfe die Obrigkeit zum Einschreiten veranlaßt). Denn erst durch eine solche ausdrückliche Erklärung wird jener Rest von intellektueller Beihilfe wirklich neutralisirt und es ist nun, wie Hufnagel a. a. O. S. 107 richtig bemerkt, so anzusehen, als ob der Urheber nun einen neuen Entschluß gefaßt habe, die That ohne Beihilfe auszuführen, wofür jener Andere nun natürlich nicht mehr verantwortlich seyn könne.

§. 139.

Während der Gehilfe sich bloß als Mittel für einen fremden Zweck, mithin einen Urheber neben sich voraussetzt, so besteht im Gegentheil die Anstiftung darin, daß ein Subjekt sich bloß als Zweck und eine fremde Handlung als Mittel zu diesem Zwecke setzt, so daß also neben dem Anstifter als solchem (denn er kann freilich nebenbei auch selbst als physischer Urheber auftreten, erscheint aber dann eben in dieser Beziehung nicht als Anstifter) stets ein physischer Gehilfe vorkommen muß, der seinerseits selbst Urheber oder bloßer Gehilfe seyn kann.

§. 140.

Näher enthält aber der Begriff der Anstiftung dies, daß der Anstifter auch eine wirkliche Handlung eines Andern, hiemit diesen als freie Kausalität, als sein Mittel setze. Denn, wo dies nicht stattfindet, d. h. wo das Thun des Andern als ein für diesen selbstloses erscheint (wenn er subjektiv unzurechnungsfähig oder von dem Ersteren in einen die Zurechnung aufhebenden Irrthum versetzt oder durch eine die Zurechnung aufhebende Gewalt zu seiner Thätigkeit genöthigt ist), da ist nur scheinbar eine Anstiftung vorhanden, während in der That der scheinbare Anstifter als alleiniger, mithin auch physischer Urheber zu betrachten ist. Derselbe macht nämlich hier in Wahrheit keine fremde Handlung zu seinem Mittel; vielmehr ist das Thun des Andern ganz wie das Wirken selbstloser Naturursachen anzusehen, das, sofern es lediglich durch die Handlung des Ersteren in Thätigkeit gesetzt wurde, eben nur als dessen Wirkung erscheint. Die praktische Bedeutung hievon liegt aber darin, daß infolge dieser Einsicht anerkannt werden muß, ein solcher Urheber könne dies auch auf kulpose Weise werden.

Anm. — So wenig im Uebrigen mit den Behauptungen Ludens in der Lehre von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen übereingestimmt werden kann, so ist er doch gerade in diesem Punkte unzweifelhaft einem wirklichen Irrthum der gewöhnlichen Doktrin entgegengetreten. Abh. II. S. 333—341 [1]. Denn auch die Bezeichnung: Unfreiwillige Komplicität, welche Heffter §. 79 für die fraglichen Fälle braucht, läßt sich nicht halten, da sie einen Widerspruch in sich selbst enthält. Ganz mit Recht fragt nämlich Luden, wie man einer-

1) S. übrigens schon Oersted Grundregeln S. 183 ff. Marezoll S. 93 n. 1. Visini a. a. O. S. 301. Rossi III. S. 16.

seits von solchen Fällen behaupten möge, daß dabei von alleiniger Bestrafung des intellektuellen Urhebers die Rede seyn könne, während man doch andrerseits dieselben unter die Rubrik der verbrecherischen Theilnahme, der Mitschuld stelle? „Wer wird den Gerichtsdiener, der einem formgerechten Befehle des Richters zufolge einen Unschuldigen zur Haft bringt, für einen Theilnehmer an dem Verbrechen widerrechtlicher Gefangenhaltung ansehen? oder den Kassenbeamten, der unter dem Einflusse lebensgefährlicher Drohungen den Räubern den Weg angiebt, auf welchem sie zur Kasse gelangen können, für einen Theilnehmer an dem Raube? oder das Gericht, welches auf den Grund falscher Zeugenaussagen Jemanden zum Tode verurtheilt, für Theilnehmer an dem Verbrechen der Ermordung? Niemand wird läugnen, daß in den angegebenen Beispielen das Verbrechen von demjenigen allein begangen worden ist, der den Befehl oder die Drohung erlassen oder das Gericht in den verhängnißvollen Irrthum versetzt hatte." Indessen ist hier einmal die Aufzählung der Fälle nicht vollständig, sofern dahin vor Allem auch der gehört, wenn Jemand zum Organ seiner Handlung einen (subjektiv) Unzurechnungsfähigen wählte. Dann wäre genauer — nicht von Befehl, Drohung, oder, wie Heffter thut, von psychologischem Zwang — sondern von Gewalt zu sprechen, sofern der Zwang, Befehl, die Drohung ꝛc. ꝛc. nicht an sich zu den Gründen gehören, aus welchen die Zurechnung aufgehoben wird, sondern nur dann und insoweit die gleiche Folge haben, wenn sie rechtlich als gleichwirkend mit unwiderstehlicher Gewalt vorgestellt werden [1]). Endlich aber kann von den praktischen Folgerungen, welche Luden aus jenem Satze

1) S. Grolman §. 41. N. Arch. vgl. mit §. 23.

ableitet, nur die eine, oben angeführte, anerkannt werden, während bei der andern (S. 341 ff.) sogleich wieder verkehrte Vorstellungen über das Wesen der Urheberschaft sich einmischen. Auch jene muß indessen anders begründet werden, als es von Luden geschieht, der hier stets nur vom Gesichtspunkte der Theilnahme, d. h. des Gattungsbegriffs für Miturheberschaft und Beihilfe ausgeht, während doch die vorausgesetzten Fälle zur Beihilfe in gar keiner Beziehung stehen, sondern das Interesse dabei nur in der Frage beruht, ob derjenige, welcher den Anstoß zum Verbrechen giebt, als alleiniger Urheber oder als Anstifter zu betrachten sei. Abgesehen davon, hat Luden freilich in der Sache Recht, da allerdings auch vom Standpunkt der Anstiftung aus (s. u.) es vollkommen wahr ist, daß sie nur in Form des dolus vorkommen kann, daß man daher sehr Unrecht hat, auch die vorliegenden Fälle unter den Begriff der Anstiftung zu stellen, sofern bei ihnen die Urheberschaft auch in Form der culpa möglich ist. Der Sache nach erkennt dies auch Heffter, wenigstens für den Fall der luxuria, an und erwähnt namentlich das Beispiel eines schlechten Arztes, der Jemanden ein schädliches Mittel zum Gebrauch bei einem Dritten anräth. Uebrigens macht Heffter mit Recht auch noch darauf aufmerksam, daß in den fraglichen Fällen auch der Thäter in culpa seyn könne (so namentlich, wenn der Irrthum, in welchem er handelte, zu den vermeidlichen gehörte). Wenn nun gleichwohl der Ausdruck: Komplicität, den er wohl eben in dieser Beziehung gebraucht hat, oben in Anspruch genommen wurde, so lag der Grund hiefür darin, daß a) den Fall angenommen, daß beide in culpa waren, von einer Komplicität dennoch nicht gesprochen werden darf, weil (s. unten) die Begriffe des Versehens und der Komplicität sich gegenseitig abstoßen. b) Den

Fall angenommen, daß der eine in dolus, der Andere in culpa war, nur das Dilemma möglich ist; aa) der intellektuell Einwirkende war in culpa, der Thäter in dolo; dann ist nur der letztere als Urheber des Verbrechens zu betrachten, weil, wie unten gezeigt werden wird, intellektuelle Urheberschaft nur in Form des dolus möglich ist[1]. bb) Das Verhältniß ist umgekehrt[2]; dann ist allerdings Komplicität vorhanden, aber eine bloß äusserliche, die als solche so wenig rechtliche Bedeutung hat, als das Zusammentreffen mehrerer kulposen Urheber.

§. 141.

Die Anstiftung setzt wesentlich dolus voraus. Denn sobald Jemand darauf ausgeht, eine fremde Subjektivität und deren freie Kausalität als Mittel für sich zu setzen, so kann er dies nur behufs der Realisirung eines Zweckes, mithin nur absichtlich thun. Es ist aber wohl zu bemerken, daß auch hier Absicht nicht mit Vorsatz gleichbedeutend, daher hier so wenig, als bei der Beihilfe, die Form des impetus und der luxuria ausgeschlossen ist. Mittelst bloßer culpa dagegen ist Anstiftung schlechterdings unmöglich und ein solcher, der etwa aus Versehen bei einem Andern den Entschluß zu einem Verbrechen veranlaßt hat, ist überall nicht als verantwortlich zu betrachten, weil die Voraussetzung der culpa als verbrecherischer Schuld, daß das Subjekt den Erfolg hätte voraussehen können und sollen, nur bei Einwirkungen des Subjekts auf den Naturkausalismus, nicht aber bei Einwirkungen auf die freie und deshalb aller Berechnung sich entziehende Kausalität andrer Subjekte, eintritt.

Anm. — Der Sache nach ist dies von den Meisten zugegeben. Allein theils nicht aus den richtigen Gründen, theils mit irrigen Modifikationen. Was nämlich Ersteres

1) Abegg Lehrbuch S. 113. Heffter §. 83. n. 4.
2) Marezoll S. 90. n. 2.

betrifft, so wird die Nichtverantwortlichkeit dessen, welcher ohne Absicht, aus reiner Fahrläßigkeit bei einem Andern den Entschluß zu einem Verbrechen erregt hat, entweder bloß einfach behauptet (Heffter §. 79 n. 3, Marezoll S. 90 n. 3)[1]), oder sie wird aus der irrigen, auf die objektive Kausalität allein fußenden Theorie von der Urheberschaft abgeleitet (Luden Abh. II. S. 336). Der Grund liegt aber nur in dem oben Angeführten, was übrigens auch von Abegg S. 113 wenigstens angedeutet wird, wenn er sagt, der intellektuelle Urheber sei deshalb immer in dolo, weil er sich des Andern als Mittels bediene. Was sodann die unrichtigen Modifikationen betrifft, welche die Meisten dem Satze geben, so ist zuvörderst an den vorigen Paragraphen zu erinnern, d. h. zu bemerken, daß die Meisten den nur vom wirklichen Anstifter geltenden Satz auch auf die dort angeführten Fälle ausdehnen. Ferner aber beschränken sie, wie gewöhnlich, so auch hier den Begriff des dolus auf den Vorsatz, während Heffter a. a. O. auch hier das Richtige trifft, wenn er sagt, daß eine intellektuelle Urheberschaft auch in der Form der luxuria vorkommen könne, und in der Note 3 von einem „ganz unabsichtlichen Benehmen", als dem Gegensatze hievon, spricht.

§. 142.

Die Anstiftung setzt daher immer neben dem Anstifter die in einer fremden freien Kausalität gegründete, und eben diesem Andern zu dolus und culpa zurechenbare Handlung eines zweiten Subjekts voraus. Als mögliche Mittel ergeben sich: Rath[2]), Auftrag[3]), Bitte, Verführung, welche Mittel

1) Vergl. Abegg N. Archiv XIV. S. 454—458. Wächter ebend. S. 329. Anm. 27. Vgl. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 46.

2) Vgl. Mittermaier N. Arch. VIII. S. 336—342. Simoni II. S. 48.

3) Rossi III. S. 34—42. Simoni II. S. 55.

jedenfalls die Verantwortlichkeit des Angestifteten offen lassen; ferner aber Befehl [1]), Drohung, Versetzung in Irrthum [2]), sofern eine derartige Einwirkung im einzelnen Fall die Verantwortlichkeit des Angestifteten (wegen dolus oder culpa) nicht abschneidet [3]).

Anm. — Die Urheberschaft durch Auftrag wurde geläugnet von Mittermaier N. Archiv III. S. 135. S. dagegen Henke I. S. 267—270 [4]). Daran schließen sich die zwei Streitfragen a) ob auch ein stillschweigender Auftrag zum Verbrechen vorkommen könne? b) ob die Genehmigung dem Auftrage gleich zu achten sei? Beide Fragen werden mit Recht von den neueren Kriminalisten geläugnet. Gleichwohl geschieht auch dies theilweise unter Modifikationen, denen man nicht zustimmen kann [5]). So z. B. sagt ad a) Henke ohne Zweifel mit Recht, daß ein bloßes „Geschehenlassen" einem Auftrage nicht gleich geachtet werden könne; und wenn er weiterhin die Ansicht Kleinschrod's billigt, der in der Nichtverhinderung eines fremden Verbrechens nur Beihilfe sehen will, so wird dies wiederum für die meisten Fälle das Richtige seyn. Nur muß dann, wie oben ausgeführt wurde, für die Nichtverhinderung dolus als Requisit gefordert und überdies die Möglichkeit selbst einer Miturheberschaft in dieser Form freigelassen werden; und Henke hätte dann nicht S. 280 sagen sollen, daß nur die vorher versprochene Nichthinderung unter die Beihilfe

1) Rossi III. S. 33. 34.

2) Oersted Grundregeln S. 184—186.

3) Henke I. S. 266—274. Bauer Abh. I. S. 435—440. Kitka a. a. O. S. 50—57. Abegg N. Arch. 1841. S. 400—410.

4) Vgl. Bauer Abh. I. S. 435—437.

5) Daß zur Anstiftung nicht gerade Worte erforderlich sind, versteht sich von selbst. Abegg a. a. O. S. 410—419.

falle! — Ebenso willkührlich sind die Beschränkungen, welche Luden[1]) geltend macht, daß nämlich das bloße Nichtverhindern nicht strafbar sei, sondern nur die Genehmigung des vom Verbrecher selbst eröffneten Entschlusses, welche nach dem objektiven Standpunkt des deutschen Rechts als Nebentheilnahme (Beihilfe) bestraft werden müsse. ad b)[2]) wird jetzt wohl überall zugegeben, daß der Satz: in maleficio ratihabitio mandato æquiparatur sich in keinem Falle, wie die Glossatoren und italienischen Praktiker — freilich unter bedeutenden Restriktionen — es behaupteten, auf bereits vollendete Verbrechen beziehe. Dagegen meint nun Henke, er sei überall nur auf die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen zu beziehen[3]), während andere ihm auch eine strafrechtliche Bedeutung zuschreiben; wie denn z. B. Luden darin das ad a) Angef. findet, daß nämlich nach römischer Ansicht Jeder durch Einweihung in einen verbrecherischen Plan zum Conscius und Socius geworden sei, sobald er nicht ausdrücklich seine Genehmigung versagt habe. Am richtigsten scheint, was Heffter[4]) sagt, daß nämlich die Ratihabition eines bereits vollbrachten Verbrechens niemals eine obligatio ad poenam begründen könne, daß es aber ganz anders sich verhalte mit der Ratihabition eines erst im Vollzuge begriffenen Verbrechens, worin eine Anreizung zur Beendigung liege. Eine solche Ratihabition kann, je nach dem Zwecke des Handelnden, als bloße Beihilfe oder als Miturheberschaft erscheinen. Die Beispiele übrigens, welche Heffter §. 78 n. 2. beibringt, sind zwar an sich

1) Abh. I. S. 299. II. S. 253—257, 369.
2) S. Rossi III. S. 55 ff. Hellie II. S. 90. Simoni II. S. 62.
3) Vgl. Marezoll S. 91 in der Anm.
4) §. 83. n. 4. zu §. 78. n. 2. Vergl. Oersted Grundregeln S. 197—200.

richtig, gehören aber richtiger zu einer andern Frage. Daß Theilnahme an einem vollendeten Verbrechen, worin allerdings natürlich eine Ratihabition desselben liegt, strafbar sei, daß sie aber ein selbständiges Verbrechen bilde, ist schon oben vorgekommen.

C. Die Miturheberschaft.

§. 143.

Die Einheit der im vorigen Abschnitte in Gegensatz getretenen Momente, d. h. a) der durch den Willen eines Andern vermittelten Betheiligung, und b) der intellektuellen, eine fremde Handlung als Organ setzenden Produktion eines Verbrechens, bildet nun c) die Miturheberschaft, d. h. dasjenige Verhalten mehrerer Personen bei einem Verbrechen, wobei Jeder sich selbst als Zweck der Handlung und die Andern als seine Mittel, daher auch die äusseren Handlungen der Andern, soweit sie der allen gemeinschaftlichen Absicht entsprechen, als die seinigen setzt. Hiemit ist von selbst gesagt, daß von kulposer Miturheberschaft keine Rede seyn könne; — nicht, als ob nicht ein rechtsverletzender, durch culpa hervorgebrachter, Erfolg mehrere Urheber haben könnte; aber diese mehreren Urheber sind nicht Miturheber zu nennen, da ihr Zusammentreffen rechtlich ohne alle Bedeutung ist, vielmehr die Sache ebenso sich verhält, als wenn jeder derselben das fragliche Verbrechen abgesondert für sich begangen hätte. Dagegen stellt sich als Uebergang zum Fall der Miturheberschaft derjenige dar, in welchem ein Anstifter eine fremde Subjektivität in der Weise zu seinem Mittel gemacht hat, daß deren Handlung ihr selbst nur zur culpa zugerechnet werden kann (weil etwa der Irrthum, in welchen sie durch den Anstifter versetzt wurde, ein vermeidlicher war). Hier nämlich ist zwar gleichfalls noch keine Miturheberschaft vorhanden, weil wiederum das Zusammentreffen beider Verschuldungen rechtlich ohne

Gewicht ist; aber es tritt hier doch der physische Urheber neben dem Anstifter nicht mehr als mechanisch wirkende Naturkraft, sondern als freie Kausalität auf, daher hier überhaupt von Anstiftung gesprochen werden kann. Allein zur wirklichen Miturheberschaft erhebt sich die Anstiftung erst dann, wenn der Anstifter die fremde Subjektivität zu doloser Theilnahme an seinem Verbrechen vermocht hat.

§. 144.

Sonach stellt sich als Fall der Miturheberschaft 1) zunächst der eben gedachte dar, d. h. das Verhältniß eines Anstifters zu einem gleichfalls in dolo befindlichen Angestifteten. Es kann aber auch 2) in Mehreren der gleiche dolus unabhängig von einander vorhanden seyn und dieselben zufällig zur gemeinschaftlichen Begehung des Verbrechens sich zusammenfinden, 3) können diese Mehreren gegenseitig zu einander im Verhältniß von Anstiftern und Angestifteten stehen (Komplott). — Hiemit soll jedoch wiederum nicht die Meinung ausgesprochen seyn, als ob nicht neben den genannten Verhältnissen auch kulpose Urheber und bloße Gehilfen vorkommen könnten, sondern es soll bloß damit gesagt seyn, daß das Zusammentreffen von derlei kulposen Urhebern und Gehilfen mit wahren Miturhebern rechtlich keine für sich bedeutende Konjunktur bilde.

Anm. — Es ist in dieser ganzen verworrenen Lehre vor Allem nöthig, einmal die wahren Begriffsmomente gehörig zu sondern und in der durch die Natur der Sache gegebenen Ordnung das Eine aus dem Andern sich entwickeln zu lassen, sodann aber, was sich hiemit freilich von selbst ergiebt, die mannigfachen unnützen und bloß verwirrenden Eintheilungen und Unterscheidungen, welche hier kursiren, zu verbannen. Hier ist nun von dem Begriff der freien Kausalität ausgegangen, der sich 1) unmittelbar in dem der

Urheberschaft (der dolosen und kulposen) darstellte. Diese Urheberschaft kann nun kumulirt vorkommen, ohne daß das Zusammentreffen mehrerer Urheber auf die rechtliche Beurtheilung jedes Einzelnen Einfluß hätte. Dieß ist der Fall, wenn kulpose Urheber unter sich, oder kulpose mit dolosen zusammentreffen. Diese Fälle bieten mithin nichts Eigenthümliches dar und bilden sonach auch kein besonderes Moment in der Entwicklung, sowenig als dieß bei der Kumulation mehrerer doli determinati der Fall ist. Der Begriff der freien Kausalität tritt nun aber 2) in das Stadium der Differenz; die in der Urheberschaft unmittelbar vereinigten Momente der freien Kausalität an sich, und des Selbstzwecksseins fixiren sich selbständig, indem die Beihilfe das erste Moment ohne das zweite, die Anstiftung dagegen das zweite Moment in seiner Abstraktion darstellt. Eben wie die Beihilfe eine verbrecherische dolose Handlung bildet, die aber für einen andern Willen als Zweck unternommen wird, so stellt die Anstiftung die verbrecherische Willensäusserung einer Subjektivität dar, welche nicht sich selbst, sondern eine fremde Handlung zum Mittel und Organ ihres Zwecks macht. Daß die Gegensätze nicht mehr so schneidend sind, wie auf den vorhergehenden Stufen, daß namentlich einerseits die Beihilfe selbst nicht ohne (freilich durch einen fremden Willen vermittelte) Zwecksetzung, andrerseits die Anstiftung nicht ohne Handlung (die hier eben in der intellektuellen Einwirkung besteht) gedacht werden kann [1]), das liegt darin, daß diese ganze Begriffsreihe die konkrete Spitze in der Entwicklung des formellen Schuldbegriffs bildet, indem nun eben die konkrete Natur dieser Begriffe auch in den Unterschieden,

1) Vgl. Abegg im N. Archiv. 1841. N. 379 ff.

welche dabei sich entwickeln, eine Abstraktion von dem Wesen der Handlung, als der vermittelten Einheit ihrer subjektiven und objektiven Seite, nicht mehr zuläßt. Uebrigens ist bei der Anstiftung noch die Stufenfolge zu bemerken, die in der obigen Ausführung nur angedeutet liegt; a) die bloß scheinbare Anstiftung (§. 140), wobei das Thun des Andern als ein völlig selbstloses erscheint, z. B. wenn er blödsinnig war, oder wenn der intellektuelle Urheber auf eine Weise auf ihn einwirkte, welche der unwiderstehlichen Gewalt rechtlich gleich zu stellen ist, oder wenn er von demselben in einen unvermeidlichen Irrthum versetzt wurde. b) die wirkliche Anstiftung, welche aber noch nicht Miturheberschaft begründet; sie findet in dem Falle statt, wenn wirklich durch die Anstiftung eine fremde Handlung in Bewegung gesetzt, wenn also wirklich die freie Kausalität eines Andern zum Mittel für den Zweck des intellektuellen Urhebers gemacht worden ist, aber zunächst nur so, daß dem Handelnden selbst der Erfolg bloß zur culpa zugerechnet werden kann, z. B. wenn er durch den Anstifter in einen Irrthum versetzt war, den er hätte vermeiden können. Hier sind denn allerdings mehrere Urheber, ein doloser und ein kulposer. Aber diese sind nicht Miturheber. Jedem gehört die That auf ganz unterschiedene Weise an, so daß die Beurtheilung des einen ohne allen Einfluß auf die des andern ist. c) Die wirkliche Anstiftung, welche in dem Angestifteten eine dolose Betheiligung am Verbrechen hervorgerufen hat. Diese tritt nun (zwar nicht immer, aber doch in der Regel, — denn allerdings kann hier der dolose Thäter auch bloßer Gehilfe seyn, z. B. ein Bedienter, der für seinen Herrn den Akt der Entführung vornimmt), [1]) in das Gebiet der Miturheberschaft ein.

1) Vgl. Heffter §. 84 n. 4. AM. Rossi III. S. 44—47.

3) Nämlich stellen sich die in die Differenz auseinander gegangenen Momente zu einer neuen vermittelten Einheit wieder her in dem Begriff der Miturheberschaft, welche in allen ihren Formen dieß enthält, daß Jeder ebenso sich selbst Zweck, als Mittel für den Selbstzweck des Andern ist. Aus diesem Begriff ergiebt sich, daß sie überall dolus voraussetzt; und nur eben dieses dolose Zusammenwirken begründet eine eigenthümliche Stufe in der Entwicklung des Begriffs der freien Kausalität, womit dann aber freilich nicht gesagt ist, daß nicht daneben auch kulpose Urheber und bloße Gehilfen (positive oder negative, vertragsmäßige oder zufällige 2c.) vorkommen können.

1) Intellektueile Miturheberschaft.

§. 145.

Der einfachste Fall der Miturheberschaft ist die Entstehung derselben aus der einfachen Urheberschaft, d. h. in der Weise, daß die dolose Urheberschaft eines andern mittelst doloser intellektueller Einwirkung, Anstiftung hervorgebracht wird. Als Mittel können hier alle Weisen itellektueller Einwirkung vorkommen, ausgenommen die Versetzung in Irrthum, die es mit sich bringt, daß der Anstifter stets der einzige, wenigstens dolose, Schöpfer der That bleiben will und muß. Damit aber der Begriff der Anstiftung vollständig vorliege, so ist nöthig, daß die intellektuelle Einwirkung auch in der That wirksam gewesen sei. Ist nun im Gegentheil hievon derjenige, welcher zu dem Verbrechen erst angestiftet werden sollte, schon für sich zur Begehung desselben entschlossen gewesen, so daß er sofort dasselbe als seine eigene, nicht als die Handlung des Anstifters begeht, so ist der Anstifter nur wegen Versuchs verantwortlich. Denn es ist hier im Kreise der äusseren Bedin-

gungen ein Moment (das Fürsichentschlossenseyn des Andern) eingetreten, welches bewirkt, daß die Handlung überall nicht als Produkt des Anstifters zur Existenz kommt. Da nun gleichwohl der Anstifter durch diesen äusserlichen Umstand das Wesen des Anstifters nicht verlieren kann, so ist ihm ein Versuch zuzurechnen.

Anm. — s. oben Anm. zu §. 137. Wie schon dort angeführt wurde, so hat sich gegen die häufig vorkommende Ansicht, daß das, was hier als Versuch bezeichnet wird, bloße Theilnahme sei, auch Luden Abh. II. S. 352—354 erklärt. Daß dieß jedoch nicht aus dem treffenden Grunde geschehen seyn könne, beweist sich sogleich daraus, daß er auch die Bezeichnung als Versuch verwirft. Er stellt über die ganze Lehre vom concursus ad delictum ein künstliches, und, wie sich zeigen wird, meist verfehltes System auf [1]), dessen Nerv der objektive Gesichtspunkt des deutschen Rechts ist, dessen Ausführung aber durch mannigfach hereingenommene einseitig subjektive Momente eine gewaltsame und willkührliche Verkettung unverträglicher Principien wird. So polemisch der Verf. auch von vornherin gegen die Stübel-Feuerbachischen Ansichten, deren Nerv gleifalls der objektive Gesichtspunkt ist, sich anstellt, so läuft doch das Resultat seiner Ausführung, freilich mit einigen Modifikationen, wesentlich auf das gleiche mit jenen hinaus. Denn er unterscheidet Haupttheilnahme und Nebentheilnahme, und versteht unter der ersteren diejenige, in welcher eine Mitwirkung zur objektiven Existenz des Verbrechens enthalten ist, so daß ohne sie dasselbe nicht in der geschehenen Weise aus den Handlungen der Anderen entstanden seyn würde, mithin die physische Urheberschaft und Haupthilfe Feuerbachs,

---

1) Abh. II. S. 332—395.

unter der letzteren dagegen diejenige, welche zur objektiven Existenz des Verbrechens nicht mitwirkt (Nebenursache ist), so daß die Handlungen der Anderen auch ohne sie zu demselben geführt haben würden (die bloßen Gehilfen Feuerbachs und — worin er allerdings abweicht, — die Anstifter!) [1]) Abgesehen von dem letztgenannten Punkte, enthielte also die Abhandlung kaum etwas Neues. Allein dieß liegt allerdings in einem andern Punkte, nämlich in der Ansicht, die über das Wesen der Theilnahme aufgestellt wird. Zunächst wurde schon oben angeführt, daß der Abhandlung in dieser Beziehung ein relatives Verdienst nicht abzusprechen sei, sofern nämlich richtig gezeigt wird, daß bei dem Zusammentreffen eines intellektuellen Urhebers mit einem selbstlosen Thäter überall von keiner Theilnahme die Rede seyn könne [2]). Allein, was nun über die Natur der Theilnahme positiv vorgetragen wird, kann keineswegs durchgängig befriedigen. Zuvörderst zwar läßt es sich ganz so an, als wäre der richtige Begriff auf dem Wege, sich zu entwickeln. Luden fühlt das Mangelhafte des einseitig objektiven Standpunkts und stellt die Antinomie auf, daß einerseits Jeder rechtlich nur für das einstehen könne, wovon er durch dolus oder culpa Ursache gewesen sei, andrerseits aber bei der Theilnahme stets nothwendige Voraussetzung bleibe, daß die Handlung des Einzelnen nicht allein Ursache gewesen sei. Er löst den Widerspruch durch die Behauptung, daß bei der Theilnahme die Handlungen je des Andern als Handlungen des Theilnehmers selbst angesehen werden müssen, der sie veranlasse und sich ihrer bediene [3]). Offenbar ist dieß eine Behauptung, die rein aus der

---

1) a. a. O. S. 391—395.
2) a. a. O. S. 333—341.
3) a. a. O. S. 346—341.

Betrachtung der subjektiven Seite am Verbrechen hervorgegangen ist, und womit eben die Blößen des objektiven Standpunkts bedeckt werden sollen. Ein Subjekt, das an sich (objektiv) nicht Ursache ist, soll es durch seinen Willen, nämlich dadurch werden können, daß es die freie Kausalität des Andern zu seiner eigenen, die Handlung eines Andern zum Mittel für seinen Zweck macht. Ohne Zweifel ist dieß ein sehr richtiger Gedanke. Aber, wie es scheint, so hat Luden nun hinwiederum gefühlt, daß die einfach konsequente Durchführung dieses Gedankens jenes andre, auf den objektiven Gesichtspunkt gebaute, System über den Haufen werfen müsse. Wenigstens folgt nun eine sehr künstliche Unterscheidung zwischen wechselseitiger und einseitiger, resp. wechselseitig-einseitiger Theilnahme. Theilnahme soll überhaupt nur dadurch entstehen können, daß einer den verbrecherischen Entschluß eines Andern sich aneigne, und eben dieß soll nun in den gedachten verschiedenen Weisen geschehen können (womit im Ganzen der Unterschied des Komplotts von sonstigen Fällen der Theilnahme bezeichnet werden soll)[1]. Was L. durch diese Distinktionen erreichen will, ist klar. Er fühlt, daß der vorgedachte subjektive Grundsatz ganz auf die römischrechtliche Behandlung der Sache führen würde. Diese soll aber (und selbst dort kaum) nur beim Komplott Anerkennung erhalten, während in allen andern Theilnahmeverhältnissen der objektive Unterschied von Haupt- (in concreto unentbehrlicher) und Neben- (in concreto entbehrlicher) Ursache gerettet werden soll. Eben dieß soll durch jene Distinktionen bewerkstelligt werden. — Nachdem also Luden kaum aus der Tiefe des subjektiven Gesichts-

1) a. a. O. S. 348—352.

punkts heraus geredet und dabei so abstrakt geredet hat, daß ohne weitere Bestimmungen alle Theilnahmefälle unter dem Begriff der Miturheberschaft hätten zusammenfließen müssen, so springt er nun eben so eifrig wieder auf das objektive Extrem über. Denn, wie angef., genügt es ihm keineswegs, den Begriff der Nebenursache auf den bloßen Gehilfen anzuwenden, sondern er geht noch weiter und will auch die intellektuelle Urheberschaft als bloße Nebentheilnahme angesehen wissen. Daß in dieser starken Abweichung von allem bisher Anerkannten Methode sei, ist nicht zu läugnen [1]. Denn, wer den objektiven Gesichtspunkt konsequent verfolgt, der wird freilich einen bloß intellektuell Wirkenden neben einem physischen Urheber, dem die That selbst zuzurechnen ist, nicht als unentbehrliche Ursache annehmen können. Eine andere Frage ist aber, ob diese Ansicht mit der andern, daß durch Theilnahme der eine den Entschluß und die Handlung eines Andern zum Seinigen mache, zusammen bestehen könne? Diese muß aber verneint, und darum auch alle aus der gezwungenen Vermittlung gezogenen Folgerungen, oder wenigstens deren Begründung verworfen werden. Ein Andres wäre es, wenn Luden sich damit begnügte, der Subjektivität eben nur soviel Recht einzuräumen, als ihr gebührt; allein er stellt, wie gesagt, das abstrakt subjektive Princip des römischen Rechts auf, wornach folgerichtig aller Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe und alle Berücksichtigung des objektiven Kausalzusammenhangs aufgehoben wird. Nachdem er nun dieß gethan hat, kann er nur mit der

1) Die Ansicht Mittermaiers, daß der Anstifter gelinder zu strafen sei, beruhte auf andern Gründen. s. dagegen Denselben n. 2. zu Feuerbach §. 46. vgl. Rossi III. S. 20—24.

höchsten Willkühr die eben gedachten Konsequenzen zu entfernrn suchen. Diese Willkühr zeigt sich denn auch in der Gezwungenheit der Ausführung. 1) Um die intellektuelle Urheberschaft aus den Fesseln des römischen Grundsatzes zu erlösen und zur bloßen Nebentheilnahme herunter zu bringen, behauptet er, es gebe gar keine intellektuelle Urheberschaft, sondern nur intellektuelle Theilnahme, und alle Theilnahme entstehe nur dadurch, daß sich einer den verbrecherischen Entschluß eines Andern dolos aneigne. 2) Um der Beihilfe denselben Dienst zu erweisen, erfindet er die Distinktion zwischen wechselseitiger und bloß einseitiger, resp. wechselseitig-einseitiger Theilnahme. — Allein diese Mittel sind untauglich. Denn, wenn es wahr ist, daß Jemand durch die Theilnahme, d. h. dadurch, daß er sich den Entschluß eines Andern aneignet, daß er sich dessen Thätigkeit als seines Mittels bedient, eben diese Thätigkeit zu einem Theil seiner eigenen Handlung macht (S. 348), so muß dann auch seine Handlung ganz so beurtheilt werden, wie jene Thätigkeit, d. h. wenn jene Thätigkeit Hauptursache war, so muß auch er als Hauptursache angesehen werden, und wenn er selber als Hauptursache erscheint, so muß auch der Andre dieselbe Beurtheilung erfahren. Dieß wird auch von Luden für den Fall der wechselseitigen Theilnahme anerkannt [1]), wobei denn aber, was wohl zu bemerken, ein bloß vertragsmäßiger Gehilfe von einem Komplottanten nicht unterschieden wird (daher denn auch Luden, wie schon oben ang. wurde, den Unterschied von speciellen und generellen Gehilfen läugnet, während das, was er dagegen

1) Von den überaus willkührlichen Modifikationen, die Luden auch hier anbringt, wird später die Rede seyn.

vorbringt, allerdings beim Komplott seine Richtigkeit hat). Dagegen glaubte er, denselben Konsequenzen bei der bloß zufälligen Theilnahme entgehen zu können, indem er sagt, hier finde der bei der Theilnahme geltende Grundsatz stets nur auf den Theilnehmer Anwendung, nicht aber auf den Andern, welcher nicht wisse, daß jener seinen verbrecherischen Entschluß sich angeeignet habe [1]). Dieser Fall kann begreiflicher Weise überall nur bei physischer Theilnahme vorkommen, und man könnte hier dem Verf. theilweise Recht geben, sofern es allerdings konsequent wäre, so zu argumentiren, wie er thut. Allein eine andre Frage ist, ob der casus in terminis wirklich denkbar sei? Und diese muß verneint werden. Denn wenn Jemand auch vorher nicht darum weiß, daß ein Andrer seinen verbrecherischen Entschluß kennt und zu unterstützen bereit ist, so muß er ja dieß erfahren, sobald er eben mit seiner Handlung hervortritt und sofort die Theilnahme des Andern gleichfalls zur Existenz kommt. Sieht er nun aber, daß der Andre ihm hilft, daß er eben seinen Entschluß unterstützt, so weiß er ja nun unfehlbar auch um den dolus des Andern, und sein Forthandeln involvirt die Ratihabition dieses fremden dolus, d. h. er wird im Verlaufe der Handlung selbst nun nothwendig auch zum Theilnehmer von Jemand, es entsteht wechselseitige Theilnahme. Wir behaupten nun keineswegs, daß bei zufälliger Theilnahme wirklich jederzeit Miturheberschaft entstehe (wie unten sich näher ergeben wird), wohl aber behaupten wir, daß Luden diese Konsequenz annehmen müsse, wie sie auch von dem römischen Rechte nach seinem eigenen Geständnisse angenommen wird. Dabei ist dann aber ferner zu bemer-

1) a. a. O. S. 382—386.

ken, daß Luden, selbst die Möglichkeit des Falls und hiernach die Nothwendigkeit des von ihm aufgestellten Unterschieds zwischen dem Theilnehmer und Nichttheilnehmer zugegeben, gleichwohl ganz inkonsequente Resultate aufstellt. Was er über den Nichttheilnehmer sagt, kann hier dahingestellt bleiben; dagegen ist, was er über den Theilnehmer sagt, mit seinen eigenen Principien im schneidendsten Widerspruch. Da nämlich dieser durch seine Theilnahme die Handlung des Andern ganz zu seiner eigenen macht, so folgt nothwendig, daß er, wenn der Andere Urheber ist, als Miturheber zu betrachten ist, wenn aber der andere bloß Urheber eines Versuchs, gleichfalls jedenfalls Miturheber eines Versuchs. Dennoch will Luden hier den Theilnehmer bald als bloßen Nebentheilnehmer (Gehilfen), bald als alleinigen Urheber behandelt wissen, wovon eines so willkührlich als das andere ist. — Noch viel verworrener wird aber Alles bei der wechselseitig-einseitigen Theilnahme (womit der Fall mehrerer zufällig zusammentreffenden dolosen Urheber bezeichnet werden soll) [1]. Hier soll wiederum die Sache sich ganz anders verhalten, als bei wechselseitiger Theilnahme. Es versteht sich aber auch hier von selbst, daß diese Distinktion widernatürlich ist. Denn, indem nun die mehreren Personen handeln und zwar so, daß einer des andern Theilnehmer ist, d. h. jeder den Andern unterstützt, so muß ja nothwendig der Unterstützte die Unterstützung bemerken und genehmigen, d. h. es muß wirklich wechselseitige Theilnahme entstehen; mithin ist es wieder völlig willkührlich, wenn hier gleichwohl andre Grundsätze aufgestellt werden, als bei der unmittelbar wechselseitigen Theilnahme, — eine

1) a. a. O. S. 386—391.

Willkühr, deren wiederum das römische Recht sich nicht schuldig macht. Aber man braucht sich hier nicht einmal, wie bei der einfach-einseitigen Theilnahme, auf diese faktische Nothwendigkeit zu berufen. Vielmehr widerlegt sich die Ansicht Ludens selbst aus ihren eigenen Prämissen. Denn es ist ja hier vorausgesetzt, daß Jeder die Qualität des Theilnehmers in Beziehung auf die Uebrigen an sich habe. Da nun aber hieraus folgt, daß die Handlungen dieser Uebrigen eo ipso zu seiner Handlung werden, so müssen nothwendig in jedem Falle, wenn auch nur Einer als Hauptursache des Erfolgs zu prädiciren ist, alle Thelnehmer als Miturheber behandelt werden, daher wiederum die Distinktionen Ludens gänzlich unberechtigt erscheinen. — Solche Widersprüche werden stets die Folge seyn, wenn der unmögliche Versuch unternommen wird, zwei extreme Standpunkte bloß mechanisch in's Gleichgewicht, anstatt sie in eine organische Vermittlung zu bringen.

Nachdem nun die logische Inkonsequenz dieser neuen Lehre aufgewiesen ist, so bleibt noch übrig, je bei den einzelnen Punkten ihre praktische Unhaltbarkeit zu zeigen, hier also zunächst in Beziehung auf die im §en erörterte Frage [1]). — Luden läugnet, wie gesagt, den Begriff der intellektuellen Urheberschaft geradezu. Sein Grund ist, daß jeder nur durch seinen eigenen Entschluß zum Verbrecher werden und daß einer, der bloß intellektuell Theil nehme, dieß nur in der Weise thun könne, daß er sich den verbrecherischen Entschluß des physischen Urhebers aneigne, wobei es rechtlich ganz gleichgültig sei, ob er denselben zuerst hiezu bestimmt habe oder nicht, da in der intellektuellen Einwirkung ein juristisch ausreichender Bestimmungsgrund nicht gefunden werden

1) Vgl. Heyer Abhandl. S. 33 ff.

könne [1]. Gewiß ist es nun sehr wahr, daß Niemand dadurch zum Verbrecher werden kann, daß ein Andrer einen verbrecherischen Entschluß faßt; — dieß zu behaupten, ist auch in der That noch Niemandeu eingefallen, und Luden braucht deßhalb nicht den gesunden Menschen-Verstand herbeizurufen. Allein unwahr ist es, daß man nicht in einem Andern einen verbrecherischen Entschluß erzeugen und auf diese Weise selbst zum Verbrecher werden könne. Luden meint, der intellektuell Einwirkende könne nur dann als Ursache des Verbrechens erscheinen, wenn seine Einwirkung necessitirend, d. h. wenn der Andre völlig selbstlos sei. Allein den Grund dieser willkührlichen Beschränkung bleibt er schuldig. Er kann ihn indessen nur darin finden, daß die menschliche Freiheit nicht schlechthin bestimmbar sei, während er dieß von den äusseren Umständen annehmen muß, da er eine physische Urheberschaft statuirt. Allein eben dieß ist der alte Irrthum, der hier wiederkehrt. Der Naturkausalismus ist ebensowenig ein schlechthin Bestimmbares, als die menschliche Subjektivität, und, wer daher die Möglichkeit einer intellektuellen Urheberschaft läugnet, der muß, wenn er nicht auf halbem Wege stehen bleiben will, auch die Möglichkeit der physischen verwerfen. Es haben daher Feuerbach, Grolman, Martin u. A., welche den Begriff der Urheberschaft auf den der objektiven Kausalität gründen, vollkommen Recht, wenn sie auch eine Kausalität durch intellektuelle Einwirkung annehmen, wenn gleich ihr Princip selbst falsch ist. Die Halbheit Ludens ist jedenfalls verwerflich. Muß aber auch eine intellektuelle Kausalität statuirt werden, so ist klar, daß eben durch diese Jemand bereits zum Ver-

---

1) a. a. O. S. 348. 353.

brecher wird, und daß es keineswegs des Umwegs: „Aneignung des verbrecherischen Entschlusses eines Andern" bedarf. Richtiger ist es nun aber freilich, überall nicht von objektiver Kausalität zu reden, wodurch immerhin der Schein entstehen muß, als statuire man eine necessitirende intellektuelle Einwirkung. Man muß vielmehr den Urheber als denjenigen definiren, der eine verbrecherische Handlung begeht und sich selbst als deren Zweck setzt. Thut man nun dieß, so ist einleuchtend, daß ohne alles Bedenken von intellektueller Urheberschaft die Rede seyn kann. Denn, wenn es allerdings wahr ist, daß der Angestiftete (der Mandatar) nur dadurch selbst Verbrecher werden kann, daß er selbst den verbrecherischen Entschluß faßt, so ist es darum doch nicht minder wahr, daß er ihn nur in Folge der auf ihn wirkenden Anstiftung faßt. Seine Freiheit und Verantwortlichkeit leidet dadurch nicht im Mindesten; im Gegentheil giebt es ja keine einzige menschliche Handlung, die nicht irgendwie von aussen her determinirt wäre. Hat aber der Anstifter eben mit dem Entschluß gehandelt, den andern auf diese Weise zu determiniren, so hat er, wenn es ihm gelingt, eine dolose Handlung begangen, durch welche er die freie Kausalität des Andern zu seinem Mittel, und folglich dessen Handlung zu seiner eigenen macht. Wie könnte er also nicht Miturheber seyn [1]? — Ludens Ansicht mißkennt aber nicht nur den für die Praxis so wesentlichen Begriff der intellektuellen Urheberschaft, sondern, da er Mandat, Rath und Genehmigung zusammenstellt, so wirft er auch noch dazu den wesentlichen Unterschied zwischen intellektueller Urheberschaft und Beihilfe über den Haufen. Wenn er sich dafür auf das römische Recht beruft, so

1) Oersted Grundregeln, S. 183. Rossi III. S. 28.

hat er allerdings Recht; dagegen hat er vollständig Unrecht, wenn er dieselbe Argumentation auch noch auf dem Boden des kanonischen und des deutschen Rechts für gültig ausgiebt. Denn der Unterschied ist der, daß das römische Recht allerdings die ganze Differenz zwischen unmittelbarer und mittelbarer Betheiligung ignorirt, welche die letzteren Rechte erst aufgestellt haben. Eben damit hängt es nun zusammen, daß allerdings auch das römische Recht kein Gewicht darauf legt, ob der Angestiftete schon vorher zu dem Verbrechen entschlossen gewesen sei oder nicht. Aus dem sehr einfachen Grunde, weil es weder den Begriff des Versuchs, noch den der Beihilfe kennt, auf welche Begriffe allein auf dem Standpunkte der PGO. die Anstiftung eines schon für sich selbst Entschlossenen reducirt werden kann. Den Grund giebt auch Luden Abh. I. S. 296. 297 im Wesentlichen richtig an, während Zachariä Versuch II. §. 196 dem römischen Rechte irrthümlich die Forderung des objektiven Kausalzusammenhangs unterlegt und doch zugleich den Satz zugiebt, daß es bei der in Rede stehenden Frage diese Forderung ignorire. Nur wenn Luden sich auch darauf beruft, daß der Beweis einer wirksamen intellektuellen Einwirkung gar nicht oder doch nur mit großer Schwierigkeit zu erbringen sei, so kann dies keineswegs anerkannt werden. Es ist übrigens insonderheit die l. 11. §. 6 D. de injuriis, welche bei der vorliegenden Frage zu mannigfachen Streitigkeiten Anlaß gegeben hat. Während namentlich Martin §. 80. n. 6. darin den Grundsatz des neueren Rechts finden will, auch Grolman §. 33. n. c. sich auf die Stelle zum Beweis dafür beruft, daß die Determination eines bereits Entschlossenen bloße Beihilfe involvire, so haben Andere richtig behauptet, daß das römische Recht

einen solchen Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihilfe nicht mache, und eben deshalb den vermeintlichen Widerspruch der angf. Stelle auf mancherlei Weise zu beseitigen gesucht. Von diesen Erklärungweisen ist nun wohl die von Luden a. a. O. S. 296. n. 1. aus den von Zachariä angef. Gründen, noch mehr aber die von Zachariä selbst, als völlig unnatürlich und gezwungen vornweg zu verwerfen. Beide Schriftsteller erklären sich gegen die Erklärungsweise von Wächter I. S. 149, die übrigens von ihnen mißverstanden wird und jedenfalls vor den ihrigen den Vorzug verdienen dürfte. Gewiß nennt Heffter mit Recht die Wächter'sche Distinktion eine feine (§. 87. n. 2.). Derselbe argumentirt nämlich so: Intellektuelle Einwirkung auf einen schon Entschlossenen kann nur als Versuch gelten; nun ließen aber die römischen Privatdelikte keinen Versuch zu; mithin konnte bei ihnen auch von einem Versuche der gedachten Art nicht die Rede, sondern nur die Instigation eines alias nolens strafbar seyn. Gleichwohl hat Heffter ohne Zweifel Recht, wenn er diese Erklärungsweise ebenfalls, freilich ohne einen Grund anzugeben, wenigstens halb und halb verwirft. Sie muß wohl ganz verworfen werden, weil das römische Recht auch bei öffentlichen Verbrechen den casus in terminis keineswegs unter den Begriff des Versuchs brachte und gar nicht bringen konnte, mithin auch bei den Privatdelikten jene Distinktion auf dem römischen Standpunkt unmöglich war. In der That scheint aber die Erklärung der angef. Stelle durch Matthäus, dem auch Heffter der Sache nach beipflichtet, (daß nämlich maxime zu suppliren sei) keiner gegründeten Anfechtung unterworfen zu seyn. Die Stelle legt nämlich, im Zusammenhang gelesen, kein Gewicht auf das alias nolenti,

in keinem Falle ein solches, daß daraus ein argumentum a contrario abgeleitet werden könnte. Es werden verschiedene Erweiterungen der Theorie in Beziehung auf die intellektuelle Urheberschaft angeführt, beim Mandat ꝛc. Ulpian will nämlich seinen Satz beweisen, daß nicht nur der physische, sondern auch der intellektuelle Urheber der Injurienklage unterworfen sei. Nach jenen Citaten fährt er nun fort: Atilicinus autem ait, et si ..... Offenbar liegt hiernach der Nachdruck nicht auf dem alias nolenti, sondern auf dem persuaserim. Ulpian will sagen, nicht nur beim Mandat, beim Dingen um Lohn ꝛc. finde sein Satz Anwendung, sondern auch beim Rath. Da nun der Rath zum Verbrechen als wirkliche Urheberschaft, aber auch als bloße Beihilfe, ja sogar als eine gar nicht verbrecherische kulpose Handlung vorkommen kann, so mußte zum vorliegenden Zwecke der Fall so struirt werden, daß der dolus unzweifelhaft war; und ein solcher Fall ist eben dann vorhanden, wenn man einen alias nolens überredet. Weiter liegt nicht in der Stelle, die ohndieß nur ein Beispiel seyn soll. Sonst aber legen die Römer keineswegs Gewicht darauf, ob die intellektuelle Einwirkung wirklich bestimmend gewesen sei, oder nicht. l. 11 pr. §. 3. 4. l. 15 §. 8 D. eod. l. 30. 52 D. de furt. l. 1 §. 4 D. de servo corrupto. l. 5 C. de accusat. — Die richtige Ansicht nach Kanonischem (u. Deutschem) Recht ist schon bei den italienischen Praktikern z. B. Clarus (hinsichtlich des Raths), Menochius, angedeutet.

§. 146.

Ist nun aber die Anstiftung in der Weise gelungen, daß der Entschluß des physischen Urhebers als Produkt der intellektuellen Einwirkung erscheint, so ist auch die dem Entschlusse entsprechende Handlung des physischen

Urhebers zugleich als Handlung des intellektuellen Miturhebers anzusehen. Für ihn ist der physische Urheber und dessen Handlung reines Mittel und Werkzeug, so lang nur der Willen und die Handlung des physischen Urhebers der intellektuellen Einwirkung entsprechen. Insoweit ist mithin der intellektuelle Urheber durchgängig so zu behandeln, als ob die Handlungen, resp. Unterlassungen des physischen von ihm selbst unmittelbar ausgegangen wären. Ist mithin der Thäter gar nicht bis zum strafbaren Versuche gekommen aus Gründen, die von seinem (des Thäters) Willen nicht abhängig waren, so kann auch dem Anstifter noch kein Verbrechen zugerechnet werden. Ist aber der Thäter bis zum Versuche, resp. zur Vollendung gekommen, so ist auch dem Anstifter das versuchte, resp. das vollendete Verbrechen zuzurechnen. Hiebei ist aber wohl zu bemerken, daß der durch die Handlung ausgeführte Zweck, wenn der Anstifter überhaupt strafbar seyn soll, auch wirklich für ihn ein verbrecherischer gewesen seyn muß, sowie daß ihm überhaupt das ausgeführte Verbrechen nur insoweit zugerechnet werden kann, als es ihm zuzurechnen wäre, wenn er es selbst ohne Vermittlung eines Andern physisch begangen hätte.

Anm. — Die Frage, welche hier theilweise entschieden ist, gehört zu den bestrittensten, bei welchen es vor Allem Noth thut, ein festes Princip aufzustellen, auf das alle verschiedenen Fälle zurückgeführt werden können. Im Allgemeinen kann man zwei Hauptansichten unterscheiden: nach der einen soll der Anstifter dieselbe Strafe zu erleiden haben, wie der physische Urheber [1]); dies ist die ehmals fast allgemein angenommene, wie sie denn schon von Gandinus ausgesprochen ist (obgleich dieser theoretisch A. M. ist). Sie findet sich auch bei Wächter I. S. 149.

---

1) S. die bei Kleinschrod I. S. 320. n.* Angef.

Martin §. 81. Oersted §. 26. Heffter §. 98 n. 3 u. A. Diese Ansicht stützt sich zugleich auf das positive Recht, namentlich die P.G.O. Art. 107. Indessen schließt sie eine ungleiche Strafbarkeit der Miturheber in concreto nicht aus, wie denn z. B. Wächter allgemeine und specielle Miturheber unterscheidet, oder Heffter wenigstens sagt: was die Strafbarkeit des einen in seiner Person erhöhe oder mindere und nicht zum Thatbestand des gemeinsam verübten Verbrechens an sich gehöre, das könne auf die Uebrigen bei der Strafzumessung keinen Einfluß üben. Nach der andern Hauptansicht sollen Anstifter und Thäter verschiedene Strafe verdienen. Und zwar behaupten die Einen, wie schon Gandinus, und von den Neueren Kleinschrod I. S. 320 und Feuerbach Revision II. S. 254, daß der Anstifter als Verführer stets ein größeres Verbrechen begehe, während Mittermaier N. Arch. III. S. 143 ff. und (freilich aus andern Gründen) Luden II. S. 367—369 den Anstifter stets für geringer strafbar halten. Diesen abstrakten Behauptungen tritt wiederum die von Abegg S. 113, 115, Marezoll S. 135 u. A.[1]) entgegen, welche behaupten, daß überall jeder Miturheber nur nach seiner konkreten Verwirkung zu beurtheilen sei, — eine Ansicht, die übrigens, so allgemein ausgedrückt, nicht minder abstrakt

1) Dieser Behauptung tritt auch Stübel Theilnahme rc. S. 98 ff. bei, und zwar so, daß er den Grundsatz selbst auf das Komplott ausdehnt. Eben damit verwahrt er sich gegen den Vorwurf der Grausamkeit, den man seiner, Beihilfe und Miturheberschaft fast völlig identificirenden, Theorie machen könnte. Allein der Vorwurf würde nur bei relativ bestimmten Strafen wegfallen, nicht auch bei absolut bestimmten, wo er am meisten praktisch, und wo es eine schlechte Ausflucht ist, wenn Stübel behauptet, Tod und lebenslängliches Gefängniß seien eigentlich gar keine Strafen.

und darum relativ unwahr ist, als die, welche sie bekämpft. —

Um nun festen Fuß zu bekommen, ist es vor Allem nöthig, zwei Fälle zu sondern, für welche die Antwort voraussichtlich verschieden ausfallen muß, 1) den Fall der gelungenen Anstiftung, d. h. derjenigen, welche wirklich determinirend geworden ist, so daß die Handlung des Thäters ganz als Handlung des Anstifters angesehen werden muß. 2) Den Fall, wenn der Thäter einen von der Anstiftung unabhängigen Willen hat und ausführt. Hier ist nur vom ersten Falle die Rede, daher hier zuvörderst alle Streitfragen über Versuch der Anstiftung, Exceß des Angestifteten, bloß scheinbare Annahme des Mandats, freiwilliges Abstehen des Mandatars vom Versuche ꝛc. ꝛc. vorläufig noch ausgesetzt werden.

So, wie die Frage nun begrenzt ist, kann wohl die oben gegebene Entscheidung keinen Zweifel leiden. Schlechthin abweichend sind nur die beiden offenbar einseitigen Ansichten von Feuerbach und Mittermaier. Allein es ist leicht zu bemerken, daß erstere auf der unbefugten Einmischung eines moralischen Moments beruht, wie sich namentlich aus der Ausführung von Kleinschrod ergiebt, während bei Feuerbach und Salchow[1]) der Anstifter dem physischen Urheber im Verhältniß der stärkeren zur schwächeren Ursache gegenübergestellt wird. Abgesehen nun davon, daß nach dem bisherigen beide Gesichtspunkte verfehlt sind, ist der letztere auch deshalb merkwürdig, weil gerade aus demselben Standpunkte (der objektiven Kausalität) die gegentheilige Ansicht die geringere Strafbarkeit des intellektuellen Urhebers zu rechtfertigen sucht[2]).

1) Darstellung der Lehre von Strafen ꝛc. I. S. 229.

2) Mittermaier a. a. O. stützt sich vornämlich auf positivrechtliche Gründe. Der allgemeine aber, den er beibringt, ist ein

Luden stützt sich nämlich ausdrücklich darauf, daß in einem Falle der fraglichen Art der alleinige Grund der objektiven Existenz des Verbrechens nur in der Handlung des physischen Urhebers liege, nicht einmal eine Mitwirkung könne dem Anstifter zugeschrieben werden. Allein es wurde im vorigen die Unrichtigkeit des Grundes, den L. hiefür angiebt (daß überall eine wirksame intellektuelle Einwirkung nicht behauptet werden könne), hinlänglich nachgewiesen, und es mag hier nur noch darauf aufmerksam gemacht werden, wie schief es mit der Deduktion steht, wenn er selbst zugiebt, daß man in einem solchen Falle sagen könne, ohne die intellektuelle Einwirkung wäre die Handlung des Thäters und folglich das Verbrechen gar nicht entstanden. Wenn er nämlich hinzufügt: „es würde eben alsdann nur gesagt, daß ohne die intellektuelle Einwirkung der alleinige Grund nicht vorhanden gewesen wäre," so ist dies nichtssagend. Denn, wenn die intellektuelle Einwirkung der Grund dessen ist, was den Grund der objektiven Existenz des Verbrechens ausmacht, so ist sie ebendamit auch als der Grund der letzteren gesetzt, — wie dies auch Feuerbach und seine Meinungsgenossen mit Recht unbedenklich angenommen haben. — Abgesehen von diesen beiden extremen Meinungen nun bleiben noch die beiden Ansichten übrig, a) daß der Anstifter dem Thäter gleich zu bestrafen, b) daß die Verschuldung eines Jeden für sich und aus sich zu beurtheilen sei. Von diesen Ansichten enthält jede ein wahres Moment; so aber, wie sie ausgedrückt sind, haben sie den Fehler, zu eng und zu weit zu seyn. Die erste hebt den Unterschied zwischen

die Subjektivität betreffender, nämlich daß die Anstiftung einen minder bösen Willen involvire, als die Thäterschaft. S. 147.

genereller und specieller Theilnahme auf, die letztere verliert sich in's Vage und verkennt das wesentlichste Moment bei der Miturheberschaft, daß, wie Heffter ganz richtig angiebt, der Thatbestand des bei den Urhebern gemeinsamen Verbrechens ihnen jedenfalls beiden auf die gleiche Weise aufgerechnet werden muß. Würde Abegg [1]) die wahre Anstiftung von der bloß scheinbaren gehörig unterschieden haben, so würde er ohne Zweifel seine Ansicht bestimmter gefaßt haben, wozu in der Abh. im N. Arch. S. 396—398 die Elemente treffend angegeben sind.

Belehrend für die vorliegende Frage sind die über den Art. 74 des Wirtemb. Strafgb. gemachten Erfahrungen. Dieser Artikel scheint beim ersten Anblick zu sagen, daß der Anstifter ebenso wie der Thäter zu bestrafen sei, — mithin dasselbe Princip aufzustellen, welches der Art. 87 über die Beihilfe ausspricht (daß nämlich zwischen genereller und specieller Theilnahme kein Unterschied zu statuiren sey). Nun ist im letztern Art. von dem gedachten Principe eine Ausnahme gemacht hinsichtlich der Beihilfe zu reinen Dienstvergehen, welche von Seiten eines nicht Bediensteten geleistet wird. Begreiflicher Weise mußte nun sehr bald die Frage entstehen, wie die Anstiftung zu einem reinen Dienstvergehen von Seiten eines nicht im Dienste Befindlichen zu beurtheilen sei? Nach Art. 74 schien hier der Anstifter als Miturheber, und mit dem Thäter gleich bestraft werden zu müssen, während derselbe, wenn er bloßer Gehilfe gewesen wäre, straflos gelassen werden müßte. Diesem Widerspruche suchten nun die Gerichte auf mancherlei Weise zu entgehen. Während aber einige

1) S. auch N. Arch. 1841. S. 379 ff.

davon aus anderweitigen Gründen mit vielem Scharfsinn die Nothwendigkeit der gleichen Behandlung des Anstifters und des Gehilfen im fraglichen Falle zu rechtfertigen suchten, so scheint der Gerichtshof zu Ellwangen die Sache am richtigsten getroffen und am gründlichsten erörtert zu haben [1]), wenn er sagt: daß der oben gedachte Sinn des Art. 74 gar nicht der richtige sei, noch seyn könne, vielmehr derselbe nur sagen wollte: der Anstifter sei immer ebenso zu bestrafen, als ob er selbst der Thäter gewesen wäre. „Dieser Auslegung steht nicht entgegen, daß man im gewöhnlichen Leben von Anstiftung z. B. zu einem Vatermorde spricht, wenn der Anstifter auch nicht der Sohn des Vaters des Thäters ist, weil eben dieses Verhältniß des Thäters zu dem Getödteten immerhin auch für den Anstifter ein Straferhöhungsgrund ist [2]). Ebensowenig steht ihr entgegen, daß auch den Anstifter nur die Versuchsstrafe trifft, wenn der Thäter nicht weiter als zum Versuche fortschritt, weil der Anstifter ja nur die Strafe erhalten soll, die er verwirkt haben würde, wenn er das Verbrechen, das nun eben nur ein Versuch ist, verübt hätte. Dagegen spricht für die erwähnte Auslegung, daß wohl Niemand den, welcher seinen Vater durch einen gedungenen Banditen ermorden läßt, nur des einfachen Mordes schuldig

1) Hufnagel Komment. III. S. 82—85. vgl. ebend. S. 80—82 II. S. 510 unten. 520. 741—744.

2) Auch Kitka S. 24 Anm. Im Texte dagegen spricht sich der Verf. im Sinne des Wirt. Gbs. aus, wird jedoch völlig inkonsequent, indem er denselben Grund nicht auch umgekehrt auf den Angestifteten wirken lassen will. S. 21—34. Unbegreiflich ist das vom Inceste entlehnte Argument, da ja dieser keineswegs bloß ein wegen persönlicher Verhältnisse qualificirtes Stuprum ist. Die richtige Ansicht s. bei Stübel Theilnahme, S. 86 ff. Mittermaier N. Arch. III. S. 134.

erachten wird." Der Gerichtshof sagt hier ganz dasselbe, was im §en behauptet und noch genauer begründet wird. Was dort über die Fälle gesagt ist, wenn vom Thäter infolge der intellektuellen Einwirkung das Verbrechen versucht oder vollendet wurde, nimmt auch das Wirt. Obertribunal an, während dasselbe über den Fall, wenn der Thäter noch nicht die Grenze des strafbaren Versuchs beschritten hat, seine Ansicht vorläufig suspendirt [1]).

Was die Quellen des gemeinen deutscheu Rechts betrifft, so ist wohl vom römischen Rechte allgemein anerkannt, daß es den intellektuellen Urheber bei wirklich ausgeführtem Verbrechen dem Thäter gleich behandelt habe, und der Streit betrifft nur die Frage, ob der erstere auch dann strafbar gewesen sei, wenn der Instigirte überall nicht handelnd aufgetreten sei. Abgesehen nun von den Privatdelikten, bei denen die Frage überall nicht entstehen konnte, ist es der gesammten römischen Rechtsanschauung in der Schuldlehre ganz unangemessen, die Kategorieen und Distinktionen des modernen Rechtsbewußtseins in ihm suchen zu wollen. Insbesondere kann die Frage, wie sie hier gestellt ist, für das römische Recht schon deshalb keinen Sinn haben, weil sie den Unterschied von wirklich erfolgreicher und nicht erfolgreicher Anstiftung voraussetzt, der jenem Rechte indifferent war. Lezteres ist zwar von Zachariä geläugnet, aber im Widerspruch mit seinem eigenen Anerkenntniß, daß das römische Recht kein Gewicht darauf gelegt habe, ob der Thäter infolge der Anstiftung, oder infolge eines

1) Hufnagel a. a. O. III. S. 512. 513. Die Fragestellung des Justiz-Minist. scheint hier nicht richtig, da der Fall II. 1 zu I. gehört.

unabhängig hievon gefaßten Entschlusses handelt (s. o.). Berücksichtigte aber hiernach das römische Recht den vorgedachten Unterschied nicht, so kann nicht gefragt werden, wie es insbesondre die erfolgreiche Anstiftung im Falle, wo der Thäter noch nicht zum Handeln kam, behandelt habe? Vielmehr muß der Gesichtspunkt viel allgemeiner genommen werden, worüber unten. Daß dagegen jener Unterschied dem deutschen Rechte entspreche, das ergiebt sich aus dem ganzen Geiste dieses Rechts, wie er sich besonders in der Lehre von Versuch und Vollendung ausspricht, und wornach als voller Urheber nur derjenige erscheint, auf dessen Willen die gesammte verbrecherische Erscheinung als auf ihr bestimmendes Princip zurückgeführt werden kann. Hieraus ergab sich denn schon oben, daß der Anstifter, der sich an einen bereits Entschlossenen wendet, eines bloßen Versuchs schuldig seyn könne; hieraus folgt aber auch, daß der Anstifter, dessen intellektuelle Einwirkung wirklich bestimmend ist, eben in soweit als Miturheber alles dessen, was daraus hervorgeht, angesehen werden muß. Fast allgemein ist denn auch angenommen, daß dies die P. G. O. Art. 107 als Princip anerkenne [1]), und der Widerspruch, den hiegegen Luden Abh. II. S. 343—346 erhebt, ist nicht geeignet, gegründete Zweifel hervorzurufen. Nach seiner Ansicht soll nämlich nicht derjenige, welcher den Meineid schwört, der physische Urheber seyn, sondern beide, der Falschschwörer und sein Anstifter, sollen intellektuelle Urheber seyn, die mittelst des Gerichts, als selbstlosen physischen Urhebers, wirken. Wollte man nun aber auch diese abenteuerliche Wendung gelten lassen, so müßte man doch sogleich ein-

1) Wächter I. S. 149. Heffter §. 98. n. 3. Abegg S. 115. n. 47.

wenden, daß immerhin nur der Falschschwörer selbst als alleiniger Urheber gelten könne, s. ebend. S. 333 bis 341, der Anstifter aber nach S. 368 nur als intellektueller Theilnehmer gelten dürfe, „aber nicht einmal als mitwirkende Ursache zur objektiven Existenz des Verbrechens angesehen werden könne.“ Zwar scheint nun der Verf. seine Inkonsequenz zu fühlen und sucht derselben S. 379 dadurch zu entgehen, daß er auf den Falschschwörer und seinen Anstifter die Grundsätze vom Komplotte anwendet. Dabei hat er aber wohl übersehen, daß er S. 374 selbst beim Komplott den bloß intellektuellen Theilnehmer für minder strafbar erklärt. Allein, auch abgesehen hievon, wird wohl der letztere Ausweg Niemand befriedigen, um so weniger, als Luden selbst S. 380 in der Anm. demselben mißtraut und andeutet, die Handlung des Anstifters könnte auch nur als Versuch aufgefaßt seyn, den aber die P. G. O. wegen seiner besondern Bosheit der Vollendung durch den wirklichen Urheber gleichgestellt habe! —

§. 147.

Dagegen ist der Anstifter anders zu beurtheilen, wenn der physische Urheber nicht von ihm determinirt worden war. Dies ist aber auf verschiedene Weise möglich: 1) Die Anstiftung kann überall ohne Erfolg geblieben seyn; und zwar indem entweder a) derjenige, auf welchen intellektuell eingewirkt werden sollte, sich dadurch nicht bestimmen ließ und folglich die bezweckte Handlung ganz unterblieb, oder b) diese Handlung zwar ausgeführt wurde, aber nicht infolge der Anstiftung, sondern als Produkt eines von dieser unabhängig entstandenen Entschlusses. Letzteres kann wiederum in verschiedener Weise vorkommen, nämlich theils so, daß der Anstifter seine Einwirkung bei einem für sich schon Entschlossenen anbrachte,

theils so, daß die intellektuelle Theilnahme selbst sich als bloßes Nichtverhindern eines schon selbst Entschlossenen äussert. In allen diesen Fällen ist dem intellektuellen Miturheber ein bloßer Versuch des Verbrechens zuzurechnen, und zwar ein beendigter Versuch mit untauglichem Mittel, resp. ein nicht beendigter. 2) Die Anstiftung kann wirksam geworden seyn, aber hinterher ihre Wirksamkeit wieder verloren haben, indem der Angestiftete sofort seinen Sinn wieder änderte und die Handlung unterließ, oder zwar versuchte, aber vom Versuche freiwillig wieder abstand; hier liegt wiederum ein beendigter Versuch mit untauglichem Mittel vor. — 3) Beides kann auch zusammentreffen, d. h. die Anstiftung kann wirksam geworden seyn, aber der Angestiftete relativ unabhängig vom Anstifter gehandelt haben. Und zwar kann derselbe a) ein ganz andres Verbrechen verübt, b) ein weiteres Verbrechen dazu begangen, c) nur in Beziehung auf die Modalitäten des Auftrags diesen überschritten haben. Hier müssen die Grundsätze über dolus und culpa zur Anwendung kommen, d. h. dasjenige, was der physische Urheber ohne Auftrag gethan hat, ist dem Anstifter entweder nicht zuzurechnen, wenn er es als Folge seiner Einwirkung nicht voraussehen konnte (so wohl in der Regel, wenn der Thäter ein ganz andres Verbrechen begieng), oder es ist ihm zur Absicht oder zum Versehen zuzurechnen, wenn er es als Folge seiner Einwirkung voraussehen konnte oder mußte.

Anm. — Selten werden diese verschiedenen Fälle gehörig unterschieden. Auch solche, die, wie Kitka und Hufnagel [1]) in's Einzelne eingehen, machen doch gerade den Haupt-Unterschied, auf den hier Alles ankommt, nicht: ob die intellektuelle Einwirkung in der

1) Dasselbe gilt von Rossi III. S. 28 ff. vgl. Mittermaier n. 3. 4. 7. 8. zu Feuerbach §. 46.

That bestimmend gewesen ist, oder nicht. Den ersteren Fall behandelt der vorige §. Mit dem dort Gesagten stimmt denn auch Hufnagel III. S. 87—90 überein; allein theilweise aus bloß formellen oder auch unrichtigen Gründen. Kitka a. a. O. S. 43 und erstellen nämlich Fälle des vorigen §en mit solchen des vorliegenden zusammen, was unzuläßig ist und die Sache nothwendig verwirren muß. Sie behandeln namentlich den Fall, wenn die Anstiftung wirksam geworden, aber der Angestiftete noch vor begangenem strafbaren Versuche durch äussere Umstände unterbrochen worden war, mit den Fällen gleich, wenn der erkorene physische Thäter sich in der That gar nicht bestimmen ließ, oder sich zwar bestimmen ließ, aber freiwillig wieder zurücktrat. Sie unterscheiden also, wie auch der Gerichtshof bei Hufnagel III. S. 641—644 zwischen wirksamer und unwirksamer Anstiftung in dem Sinn, daß sie erstere nur annehmen, wenn der wirksam Angestiftete auch wirklich bereits zum strafbaren Versuche gekommen ist, unwirksame dagegen überall, wo noch von Seiten des physischen Urhebers kein als Folge der Anstiftung zu betrachtender strafbarer Versuch vorliegt. Allein es ist leicht einzusehen, daß diese Unterscheidung von wirksamer und unwirksamer Anstiftung sehr willkührlich ist. Wenn sich namentlich Kitka darauf beruft, daß man ausserdem keinen festen Anhaltspunkt für die kriminelle Strafbarkeit des intellektuellen Urhebers habe, so wird diese Bemerkung durch die gegenwärtige Ausführung widerlegt werden. Eine wirksame Anstiftung kann doch offenbar nur diejenige heissen, welche in dem Anzustiftenden den Entschluß zu der vom Anstifter bezweckten That wirklich hervorgerufen, hiemit diesen zum Mittel für jenen Zweck wirklich gemacht hat. Eine unwirk-

same dagegen eine solche, welche diesen Effekt nicht gehabt oder zwar gehabt, aber noch vor der Verübung des Verbrechens wieder verloren hat. Unmöglich können diese beiden Fälle dieselbe Beurtheilung verdienen. Denn nur im erstern ist das Faktum (das Geschehen oder Unterbleiben der verbrecherischen Handlung) auf den Willen des Anstifters als das bestimmende Princip zurückzuführen. Eben daraus rechtfertigt sich die im vorigen §en gegebene Entscheidung, insbesondre auch die Straflosigkeit des Anstifters, wenn der wirksam Angestiftete durch äussere Umstände verhindert wurde, die Grenze des strafbaren Versuchs zu beschreiten [1]). Ganz anders verhält sich aber die Sache im zweiten Fall. Hier ist das Unterbleiben nicht dem Anstifter zuzurechnen, sondern es ist das Produkt des fremden Willens und kann deshalb dem Anstifter nicht zu Statten kommen. Dies folgt aus demselben Princip, nach welchem man dem Anstifter auch dann bloßen Versuch (oder wie Andre wollen, bloß Beihilfe) zurechnet, wenn die That zwar wirklich verübt worden ist, aber in Folge eines von der intellektuellen Einwirkung unabhängigen Entschlusses. Es ist in der That unbegreiflich, wie man Lezteres zugeben, und doch zugleich Ersteres läugnen kann. Denn, rechnet man dem Anstifter im zweiten Fall einen strafbaren Versuch (oder dieselbe Strafbarkeit wegen Beihilfe) an, **obgleich** das Faktum nicht als sein Produkt angesehen wird, so muß ja seine Strafbarkeit eben nur darin gefunden werden, daß er dieses Faktum wenigstens hervorbringen wollte und zu diesem Behufe thätig (nämlich intellektuell thätig) geworden war. Ganz das Gleiche liegt aber vor, wenn der fremde Wille in

---

1) S. hierüber Rossi III. S. 31. 32.

die Absicht des Anstifters gar nicht oder nur scheinbar eingieng, oder zwar eingieng, aber wieder vor der Zeit abgieng. Der Anstifter seinerseits hat sich hier gerade eben so schuldig gemacht, wie dort. Das Unterbleiben der That ist ihm hier gerade ebensowenig zuzurechnen, als dort ihr Geschehen. Gleichwohl soll er hier straflos ausgehen, während er dort gestraft werden soll! Liegt darin nun irgend Konsequenz? — Man läßt sich hier von dem rohen sinnlichen Eindrucke des äusseren Schadens leiten [1]), und vergißt, daß man, wenn man in dem einen Falle den intellektuellen Urheber straflos läßt, so ungerecht als möglich ihn im anderen Falle einer Strafe unterwirft. Den Wirtembergischen Gerichten und Hufnagel zwar steht einigermaßen rechtfertigend der Art. 63 des Gesetzbuchs zur Seite, sofern derselbe die entfernten Versuchshandlungen, d. h. alle, die noch keinen Anfang der Ausführung enthalten, der Regel nach für straflos erklärt (wogegen allerdings die doktrinelle Behauptung der Motive, daß in jeder Anstiftung eo ipso ein beendigter Versuch liege, keine Bedeutung haben kann, da sie dem Art. 63 geradezu widerspricht [2]). Denn offenbar muß hiernach die Anstiftung als solche überall unter die bloßen Vorbereitungshandlungen gerechnet und hiemit aus formellen Gründen der Unterschied zwischen wirksamer und unwirksamer Anstiftung so bestimmt werden, wie ihn die wirtembergischen Gerichte bestimmen. Allein selbst auf diesem formellen Standpunkt hat man dann jedenfalls Unrecht, wenn man einen Anstifter bestraft, der einen schon Entschlossenen zu determiniren suchte, aber nicht wirklich determinirte; denn die verübte

1) So auch Rossi a. a. O. Hellie II. S. 51.

2) Aehnlicher Weise steht Kitka das Oestr. Strafgb. über Gefällte Uebertretungen. §. 18 zur Seite.

Handlung ist hier lediglich dem physischen Urheber zuzurechnen, und die Anstiftung als eine unwirksame, d. h. als eine straflose Vorbereitungshandlung zu betrachten. Abgesehen aber von diesem formellen Standpunkte muß ohnedies die Entscheidung ganz anders ausfallen (namentlich auch, wenigstens nach Jenulls Ansicht über Th. I. §. 7, nach östreichischem Rechte). Denn nach allgemeinen Grundsätzen rechtfertigt sich eben der Art. 63 des Wirt. Gbs. keineswegs. Wenn vielmehr ein strafbarer Versuch überall anzunehmen ist, sobald die bestimmte Absicht, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, sich thätig manifestirt hat, so muß nothwendig auch die Anstiftung unter den Begriff des Versuchs gestellt werden; denn intellektuelle Thätigkeit ist ebensowohl Thätigkeit, als physische, wie denn ja auch Niemand daran ein Arg hat, die intellektuelle Beihilfe der physischen gleichzusetzen. Anstiftung ist also nichts Anderes, als ein Versuch des Verbrechens mittelst intellektueller Thätigkeit und deshalb Verbrechen [1]).

Beiläufig wird hier also auch die Meinung derjenigen verworfen, welche von einer versuchten und vollendeten Anstiftung sprechen [2]), wogegen Zachariä, der selbst früher dieser Ansicht war, Lehre vom Versuch II. §. 165. Nr. 2. zu vergleichen ist. Dieser sagt ganz richtig, die Strafbarkeit der Anstiftung sei nur insofern selbständig zu beurtheilen, als sie von der Strafbarkeit

1) Rossi erklärt sie wenigstens für ein ausnahmsweise strafbares delictum sui generis.

2) Mittermaier N. Arch. I. S. 177. 178. Zachariä Versuch I. §. 35. Rossi a. a. O. ist damit nicht zu verwechseln, da er zwar die provocation als del. sui gen. behandelt wissen will, aber nur ausnahmsweise, d. h. so, daß sie, ehe sie wirksam geworden, gleich dem Komplott polizeilich zu bestrafen sei.

des Versuchs des Thäters unabhängig sei. Auch giebt er den Unterschied zwischen gelungener und nicht gelungener Anstiftung an und für sich richtig an. Dagegen kann es weiterhin auf keine Weise gebilligt werden, wenn er die wirksam gewordene Anstiftung stets als einen beendigten Versuch behandelt wissen will, gleichviel, ob der physische Urheber mehr oder minder thätig geworden oder ob das Verbrechen, sei es nun durch zufällige Hindernisse oder in Folge einer Willensänderung des Thäters, ganz unterblieben sei [1]). Denn in dem letztgedachten Falle ist ja eben die Wirksamkeit der Anstiftung wieder aufgehoben worden; wie kann also auf ihn der von Zachariä für jene Behauptung angeführte Grund passen: daß der Angestiftete einem willenlosen Werkzeuge zu vergleichen sei? Offenbar muß also der gedachte Fall rechtlich unter die nicht gelungene Anstiftung subsumirt, mithin nach Zachariä's Kategorieen als nicht beendigter Versuch (oder wie er selbst richtig andeutet, als Versuch mit untauglichem Mittel) behandelt werden. Was aber die Fälle der wirksam gewordenen und wirksam gebliebenen Anstiftung betrifft, so ist es unrichtig, wenn Z. hier allezeit einen beendigten Versuch des Verbrechens annimmt, der übrigens — nach §. 184 — an und für sich geringer strafbar seyn soll, als ein beendigter Versuch des Thäters, und weiterhin in Strafbarkeit wachsen soll, je weiter der physische Urheber in der wirklichen Vollziehung der Handlung komme. Offenbar hat Z. hier das von ihm selbst aufgestellte Princip, daß der Angestiftete zu dem Anstifter sich als bloßes Werkzeug verhalte, gar nicht gehörig erwogen, da er sonst dieselben Grundsätze hätte aufstellen müssen, welche der vorige §.

---

1) S. dagegen **Rossi** a. a. O.

enthält 1). Allerdings muß aber Z. mit seiner im Wesentlichen richtigen Ansicht über die Behandlung der Anstiftung dadurch in's Gedränge kommen, daß er, wie das Wirtemb. Strafgb., keinen entfernten Versuch und überdies keinen Versuch mit untauglichen Mitteln statuiren will. Wollte er sich in dieser Richtung konsequent bleiben, so mußte er seine großentheils richtige Ansicht aufgeben und vielmehr so argumentiren, wie oben von Kitka, Hufnagel und den Wirtemb. Gerichten bemerkt wurde. Denn die willkührliche Behauptung, daß die Anstiftung, sogar die nicht gelungene, über den Kreis der Vorbereitungshandlungen hinaus falle und bereits den Anfang der Ausführung enthalte, kann den großen Widerspruch mit den sonstigen Behauptungen Z's. über die Grade und den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs keineswegs verdecken. Seine Ansicht bildet den unmöglichen Versuch, die vorgedachten Voraussetzungen der Wirt. Gerichte mit der richtigen Ansicht zu vereinigen. Vielleicht nimmt man aber daran Anstoß, daß hier die wirksame Anstiftung für straflos ausgegeben wird für den Fall, daß der Angestiftete durch äußere Gründe verhindert wird, etwas zu unternehmen, während andrerseits ein strafbarer Versuch darin liegen soll, wenn der Anstifter entweder von vornherein seinen Zweck nicht erreicht 2), oder ihm derselbe durch eine Sinnesänderung

1) Andrerseits sind diese von Mittermaier a. a. O. und Luden Abh. I. S. 448 richtig angewendet, aber es ist gleichfalls darin gefehlt, daß der Fall, wo beide als Miturheber zu betrachten sind, von den Fällen des vorliegenden §en nicht unterschieden sind. Ueberdies hat Luden seine frühere theilweise richtige Ansicht später wieder zurückgenommen. Abh. II. S. 394. n. 1.

2) Der Bad. Entw. Art. 108 macht die Strafbarkeit des Anstifters davon abhängig, daß der Thäter den Auftrag annahm. S. auch Rossi a. a. O.

des Angestifteten wieder vereitelt wird. Betrachtet man die Sache von ihrer sinnlichen Seite, so könnte man sagen: in beiden Fällen liege doch wirklich noch kein äußerer Schaden vor, und andrerseits sei in beiden Fällen die gleiche (widerrechtliche) intellektuelle Thätigkeit ausgeübt worden; mithin müsse man gerechter Weise entweder in beiden Fällen strafen oder in beiden nicht strafen [1]). Indessen kann schon auf diesem Standpunkte auf den Fall aufmerksam gemacht werden, wenn der Angestiftete in Folge der Anstiftung bereits einen strafbaren Versuch begangen hat, aber nun freiwillig abgestanden ist. Hier wird man ohne Zweifel diesen Versuch, welcher dem Thäter offenbar nicht zugerechnet werden kann, dem Anstifter zurechnen [2]); man wird mithin zugeben, daß nicht in allen Fällen die mißlungene Anstiftung straflos bleiben dürfe. Man wird dies namentlich auch in dem bereits angeführten Fall nicht behaupten, wenn zwar das Verbrechen begangen worden ist, aber gar nicht in Folge der Anstiftung; wenigstens macht man hier allgemein den Anstifter, obgleich die Anstiftung nicht wirksam war, für Versuch oder Beihilfe verantwortlich. Man wird sich also endlich dahin neigen, die mißlungene Anstiftung überhaupt für einen strafbaren Versuch zu halten (wie dies eben von Zachariä gezeigt wurde). [3]) Indessen nun eben wird man es für ungerecht halten, wenn in dem Falle der wirksamen Anstiftung diese bei zufällig vereiteltem Versuche für straflos ausgegeben wird. Allein der Widerspruch ist

1) Der letztern Meinung folgt (seinem Geiste widersprechend) das französische Recht. Hellie II, S. 117.

2) AM. ist das franz. Recht. Hellie II. S. 51. vgl. Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 46.

3) Vgl. Mittermaier n. 9 zu Feuerbach §. 46.

nur scheinbar, und löst sich, sobald man bedenkt, daß die an und für sich allerdings als ein Versuch des Verbrechens mittelst intellektueller Thätigkeit zu prädicirende Anstiftung in den Fällen des vorigen §en alsbald von dem Begriff der Miturheberschaft absorbirt wird, während die nicht wirksame Anstiftung eben deshalb, weil der erkorene Thäter nicht Miturheber werden will, die Natur des Versuchs beibehält. Wollte man eine besonders bei Zachariä beliebte Aushilfe gebrauchen, so könnte man sagen: moralisch sei zwar die Anstiftung als Versuch des Verbrechens stets in gleicher Weise zu verdammen, aber bekanntlich spiele ja der Zufall auch sonst im Strafrechte eine große Rolle u. s. f. Allein man bedarf einer solchen Aushilfe in der That nicht. Der Versuch, der in der Anstiftung liegt, hat zunächst zum Zweck, die Bewirkung der verbrecherischen Handlung durch eine andre Subjektivität zu veranlassen. Offenbar ist nun die gelungene Anstiftung nicht mehr ein solcher Versuch, also jedenfalls anders zu behandeln. Wenn es aber ferner auf der einen Seite den Schein hat, als müßte die weiterfortgeschrittene Thätigkeit des Anstifters im letzteren Falle sogar eine strengere Bestrafung verdienen, so ist doch auf der andern Seite nicht zu verkennen, daß eben durch das Gelingen der intellektuellen Einwirkung der Anstifter in eine völlig neue Lage kommt, daß seine Thätigkeit nun ganz in den Begriff der Miturheberschaft sich auflöst. Er hat sein Ziel erreicht, welches darin bestand, eine fremde Subjektivität als Mittel zu seinem Zwecke zu gewinnen. Dieser Versuch als solcher war strafbar, weil darin bereits eine Thätigkeit für das Verbrechen lag. Nachdem aber nun das Mittel gewonnen ist, so ist wohl zu bedenken, daß das Mittel in diesem Falle eine freie Subjektivität ist, die keineswegs in der-

selben Abhängigkeit vom Willen des Anstifters steht, wie z. B. ein äußeres Mittel (Gift, Waffen 2c.) von dem Willen eines physischen Urhebers. Im Gegentheil begiebt sich der Anstifter eben durch das Gelingen der Anstiftung in Abhängigkeit vom Willen des Anstifters, er überantwortet sich seiner Diskretion, macht dessen Handlungen oder Unterlassungen zu den seinigen. Forthin ist also der Anstifter so zu betrachten, als ob er Eine Person mit dem Angestifteten wäre. Er kann deßhalb nicht strafbar seyn, wo der lediglich ihn repräsentirende Angestiftete straffrei ausgeht. Vielmehr eben, indem das Ich des Anstifters mit der gelungenen Anstiftung in das des Angestifteten sich aufhebt, ist die vorhergehende Thätigkeit des Anstifters ebenso zu betrachten, als wäre sie im Ich des Angestifteten vorgegangen, mithin als nuda cogitatio, cujus poenam nemo patitur. Auch liegt in der That in dem behaupteten Satze keinerlei Privilegium für die gelungene Anstiftung. Denn eben, weil er nun ganz vom Angestifteten abhängig ist, steht es in dessen Macht, dem Anstifter jeden Augenblick die volle Strafe des vollendeten Verbrechens zuzuziehen, wenn nicht etwa der Anstifter alsbald wieder die Anstiftung vollständig zurücknimmt. Da nun in pejus der Anstifter unter der gedachten Abhängigkeit leiden muß, so ist es nicht mehr, als recht und billig, daß er auch in mitius dadurch den Vortheil habe, straflos auszugehen, wenn ein äußerer Zufall die ganze Unternehmung von vorn herein vereitelt.

Was nun die einzelnen oben unterschiedenen Fälle betrifft, so ist noch näher zu bemerken: zu 1. a.[1]) Dieselbe Ansicht hat, wie gesagt, auch Zachariä II. §. 165,

---

1) Gute Bemerkungen und Unterscheidungen hinsichtlich der verschiedenen Arten der Anstiftung s. bei Zirkler N. Arch. 1839. S. 439—445.

indem er die mißlungene Anstiftung unter die Rubrik des nicht beendigten Versuchs, resp. des beendigten Versuchs mit untauglichem Mittel stellt. Nur kann, wie gleichfalls schon bemerkt wurde, die Vereinbarkeit dieser Ansicht mit Z's Theorie über Anfang und Grade des Versuchs nicht zugegeben werden, und ist sowohl gegen ihn, als gegen Luden Abh. I. S. 444—446 der Vorwurf der Inkonsequenz mit allem Grunde zu erheben. Beide behaupten, die Anschaffung des physischen Thäters sei zwar nach einer Seite bloße Anschaffung eines Mittels; wenn aber die Anschaffung gelungen sei, so liege in der Anschaffung auch von selbst schon die Anwendung des Mittels. Zachariä will aber sogar in der nicht gelungenen Anschaffung mehr, als bloße Anschaffung des Mittels, nämlich eine Anwendung und Ausführung, wie bei dem, der schon das Gift unter die Speisen zu mischen begonnen hat, erblicken! — Nicht minder sonderbar sind die Behauptungen beider Schriftsteller über das römische Recht. Luden zwar ist in soweit konsequent, als er dem römischen Recht überhaupt (fälschlicher Weise) den Grundsatz unterlegt, daß bloß die nächsten Versuchshandlungen strafbar seien; hiemit stimmt es denn nun wenigstens überein, wenn er die gelungene Anstiftung (freilich auch willführlich genug) für eine solche nächste Versuchshandlung erklärt, und folgeweise von der noch nicht gelungenen behauptet, sie könne als bloße Vorbereitungshandlung nicht strafbar gewesen seyn. a. a. O. S. 293—298. 443. Gleichwohl ist seine Beweisführung dabei ganz verkehrt, wenn er sagt: der Grund der Strafbarkeit der intellektuellen Theilnahme liege lediglich in dem dolus, daß das Verbrechen begangen werde, der dolus sei aber noch nicht der bloße Gedanke oder Wunsch des Verbrechers, sondern könne juristisch erst dann angenommen

werden, wenn Mittel angewendet werden, um den Gedanken zu verwirklichen. Hiemit nämlich hat er zwar allerdings vollkommen Recht; aber offenbar beweist es seinen Satz nicht; denn nun wäre weiter zu schließen: die intellektuelle Einwirkung ist bereits nicht mehr bloßer Gedanke und Wunsch, sondern ein Mittel, den Gedanken zu realisiren, also ꝛc. ꝛc. Statt dessen folgt die unbegreifliche Wendung: Das Mittel, dessen der intellektuelle Urheber sich bediene, sei der physische, und solange dieser sich noch nicht bereit gezeigt habe, sei er noch gar kein Mittel! Um so unbegreiflicher, da L. zwei Zeilen vorher sagt: Ob die Mittel zum Endzwecke führen, sei für das Dasein des dolus gleichgiltig, aus welchem, für das römische Recht ganz richtigen, Satze er also vielmehr gerade das Gegentheil hätte folgern müssen, sc. daß das römische Recht den mittelst intellektueller Thätigkeit manifestirten dolus strafbar finde, das Mittel (die intellektuelle Thätigkeit) möge zu seinem Endzwecke geführt haben oder nicht. — Dagegen erkennt Zachariä richtig an, daß das römische Recht im Allgemeinen keineswegs bloß nächste, sondern auch entfernte Versuche strafe. I. S. 219. II. S. 5. Nr. 2. Gleichwohl behauptet er hinsichtlich der Anstiftung dasselbe, wie Luden (II. §. 194—201), während er früher gesagt hatte, das römische Recht strafe auch die Anstiftung an und für sich (I. S. 219). Allein diese Behauptung ist nicht nur allen seinen sonstigen Behauptungen über den Geist des römischen Rechts entgegen, sondern auch im Besonderen keineswegs genügend motivirt. Zuvörderst steht (s. o.) der Satz in §. 196, daß das röm. Recht auf den Kausalzusammenhang zwischen der intellektuellen Einwirkung und der nachher etwa wirklich erfolgten Handlung ein entscheidendes Gewicht gelegt habe, in direktem

Widerspruche mit der Einräumung, daß es nicht darauf gesehen habe, ob der Angestiftete das Verbrechen auch ohnedies begangen haben würde. Wenn aber auch jenes wahr wäre, so wäre dadurch keineswegs die Strafbarkeit eines bloßen Versuchs ausgeschlossen. Die Worte Causam mortis praebere beweisen aber gar nichts gegenüber den an Zahl unendlich überwiegenden, §. 195 von Zachariä selbst angef. Ausdrücken, welche eine Hindeutung darauf, daß die Handlung wirklich vollzogen seyn müsse, keineswegs enthalten. Was endlich die §. 199—201 angef., dem öffentlichen Strafrechte angehörigen, Stellen betrifft, so sprechen sie, namentlich im Gegensatz von den §. 198 angef., die Privatdelikte angehenden, so stark gegen Z's Ansicht, daß es eben nur der von ihm selbst beigebrachten Data bedarf, um ihn zu widerlegen. — Der hier vertheidigten Ansicht stimmen auch Mittermaier (s. o.) und — mit einigen, wohl überflüssigen, sichtlich dem Römischen Rechte zu lieb gemachten, Modifikationen — auch Heffter bei [1]). — Ueber 1 b. war schon oben ausführlich die Rede (§. 137. 145). — ad 2) ist zwar die Anstiftung wirksam gewesen, aber diese Wirksamkeit wird sofort zum bloßen Schein; das taugliche Mittel verkehrt sich zum untauglichen, der scheinbar gelungene Versuch zeigt sich in Wahrheit als ein mißlungener, — ein Fall, der eben nur bei dem Anstifter, als welcher eine freie Subjektivität zu seinem Mittel macht, vorkommen kann. Daß nun hier den Anstifter eine Versuchsstrafe treffen müsse, während der Angestiftete straffrei ausgeht, ist weniger

1) Lehrb. §. 87. n. 2. die Bemerkung a) bezieht sich, wie es scheint, auf l. 1. D. de extraord. crim. und ähnliche Fälle; b) auf l. 15. §. 10. D. de injuriis. Daß eine Instigation, die keinen bestimmten dolus zeigt, straflos ist, versteht sich aber von selbst.

bestritten. AM. müssen freilich diejenigen seyn, welche von den Voraussetzungen Ritkas [1]) ausgehen. Wer aber in der Anstiftung überhaupt, sie mag gelungen seyn oder nicht, einen strafbaren Versuch sieht, der kann nicht anders entscheiden, als hier geschehen ist, wiewohl jene Voraussetzung einen Irrthum enthält [2]). Dasselbe Resultat findet sich auch bei Luden, freilich gleichfalls aus einem nicht annehmbaren Grunde. Denn er findet den Anstifter hier gerade deswegen strafbar, weil ihm die Anstiftung gelungen sei (weil vollendete Theilnahme vorliege) [3]), während doch das bloß scheinbare Gelingen rechtlich dem Mißlingen gleichgeachtet, also gerade das Gegentheil behauptet werden muß. Besonders herauszuheben ist übrigens noch der Fall, wo der Angestiftete in Folge der Anstiftung wirklich einen strafbaren Versuch begangen hat, nun aber freiwillig abgestanden ist, z. B. er hätte tödten sollen, hat aber nur verwundet und sich hiemit begnügt. Hier ist natürlich eine doppelte Beurtheilung anzuwenden; bis zu dem Augenblicke hin, wo der Angestiftete einen eigenen Willen äusserte, müssen die Grundsätze des vorigen §en zur Anwendung kommen; von jenem Augenblick an dagegen die des vorliegenden. Die Verwundung ist mithin zunächst dem Anstifter und Angestifteten als Tödtungsversuch zuzurechnen; allein nun ist weiter zu sagen: in Folge seiner Sinnesänderung verwandelt sich dieser Tödtungs-Versuch für den physischen Urheber in konsummirte Verwundung; dagegen bleibt dem intellektuellen Urheber ein Tödtungsversuch aufzurechnen, jedoch nur als Versuch

1) Hufnagel III. S. 93. Bauer Abh. I. S. 361. 431.
2) Zachariä II. §. 165. 269. Rossi III. S. 36 will hier wieder die Anstiftung als delictum sui generis bestraft wissen.
3) S. Abh. II. S. 355 n. 1. früher war Luden AM. I. S. 448.

mit untauglichem Mittel. AM. ist Kitka, und mit ihm Hufnagel, jedoch hier ohne Nöthigung durch die mehrerwähnten Voraussetzungen. Uebrigens ist Ersterer konsequenter, als Letzterer; denn bei jenem geht die Entscheidung, daß in vorliegendem Falle auch der Anstifter für konsummirte Verwundung hafte, von dem allgemeineren Principe aus, daß (s. S. 34) der Anstifter für alle Handlungen des Angestifteten hafte, die mit der aufgetragenen Handlung eine gemeinschaftliche Triebfeder und ein gemeinschaftliches materielles Merkmal haben, — gegen welches allgemeine Princip sich Hufnagel III. S. 91. 92. erklärt [1]). — Dieser Fall macht übrigens den Uebergang.

ad 3) Und hier fragt sich denn, ob das eben angegebene allgemeine Princip Kitka's richtig sei [2])? Derselbe behauptet auch ferner: daß der Anstifter, der nur eine Verwundung aufgetragen habe, für Tödtung haften müsse, wenn der Mandatar den zu Verwundenden todtgeschlagen habe. Indessen scheint diese Behauptung weniger aus jenem Princip geflossen, als dem Art. 123 des östr. Strafgb's zulieb gemacht worden zu seyn. — Jenes allgemeine Princip nun ist offenbar zu abstrakt, und in dieser Beziehung kann man es nur billigen, wenn Abegg [3]) (freilich zunächst bei einer andern, jedoch ähnlichen Frage, nämlich: welchen Einfluß der Ablauf der Zeit zwischen dem Auftrag zu einem Verbrechen und der Ausführung desselben durch den Beauftragten auf die Strafbarkeit der beiden Betheiligten habe?) gegen die Ausführung von Kitka bemerkt: die Frage sei eine thatsächliche, es komme Alles auf die konkreten Umstände,

1) Vgl. Stübel Theilnahme. S. 83. 84.
2) S. dagegen Rossi III. S. 39 ff.
3) N. Arch. 1841. S. 379 ff.

nämlich darauf an, ob unter diesen Umständen der Auftrag noch als wirksam habe betrachtet werden können und müssen. Am richtigsten sagt man daher wohl, daß hier einfach die allgemeinen Grundsätze über Zufall, Versehen und Absicht zur Anwendung kommen müssen. In dem von Kitka ausgehobenen Falle nun, wenn der Mandatar geradezu ein andres Verbrechen begangen hat, als ihm aufgetragen war, wird wohl selten eine Zurechnung dieses Verbrechens für den Mandanten stattfinden können, wenngleich er natürlich dann stets wegen mißlungener Anstiftung haftet. Indessen lassen sich doch auch Umstände denken, die Ersteres zulassen, z. B. wenn der Auftrag in zweideutiger Weise gegeben war, oder wenn der Anstifter selbst wußte, daß der Zweck nur auf die Weise zu erreichen sei, auf welche er erreicht wurde, oder sich dies wenigstens dachte, absichtlich aber den Auftrag anders gab, weil er erwartete, daß der Mandatar doch das rechte Mittel ergreifen werde, zugleich aber sich eine Ausrede salviren wollte. Eben weil hier Alles auf den konkreten Fall ankommt, so ist es wohl nicht passend, absolut zu sagen, daß bei Excessen des Mandatars der Mandant nie hafte, sobald dieser Art und Weise, Zeit und sonstige Modalitäten genau angegeben habe. Ueberdies wäre dies praktisch sehr gefährlich, da unter der Voraussetzung eines so abstrakt distinguirenden Gesetzes der Anstifter sich in den meisten Fällen durch eine, das Gesetz verhöhnende, recht genaue Verklausulirung seines Mandats straffrei machen könnte[1]). Kitka und Hufnagel, die jenes behaupten, sagen andrerseits, wenn der Auftrag die Modalitäten nicht specificirt habe, so müsse der Anstifter, sobald der Mandatar von mehreren

---

1) S. auch Simoni II. S. 57. Hellie II. S. 78.

möglichen Arten der Verübung die schwerere gewählt habe, eben für diese mithaften. Offenbar ist aber hier auf das subjektive Belieben des Anstifters viel zu sehr Gewicht gelegt; und es steht wieder die beliebte Beschränkung des dolus auf den Begriff des Vorsatzes im Hintergrunde, um so merkwürdiger, als das richtige Bewußtsein, daß er viel weiter gefaßt werden müsse, sich wenigstens in dem vorgedachten abstrakten Grundsatze Kitka's sichtlich geltend zu machen sucht [1]). Letzterer stellt auch noch (S. 50) den, wohl kaum erfahrungsmäßigen, Fall auf, daß Jemand einem Andern befehle, überhaupt ein Verbrechen zu begehen, und entscheidet, daß hier der Auftraggeber für jedes von dem Mandatar verübte Verbrechen verantwortlich sei [2]). Aber dadurch wird der Widerspruch mit jener andern Behauptung, daß bei genau bestimmtem Auftrage der Mandant für einen Exceß des Mandatars niemals hafte, nur um so schneidender. Im Wesentlichen richtig, und offenbar, wie auch sonst bei mehreren Entscheidungen, von dem wahren Begriff des dolus ausgehend, sagt das Wirtembergische Strafgb. Art. 76 [3]): Dem Anstifter sei jede von ihm nicht ausdrücklich ausgenommene That, welche als Mittel zur Ausführung des bezweckten Verbrechens nothwendig gewesen sei, sowie jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus der beabsichtigten That entstanden sei, als vorsätzlich zuzurechnen, falls nur der Anstifter die Nothwendigkeit jenes Mittels und die

1) Vgl. auch die ganz richtigen Bemerkungen Kitka's S. 20.

2) S. dagegen auch Mittermaier N. Arch. III. S. 129. Zirkler ebend. 1839. S. 445—449. Rossi III. S. 32.

3) Vgl. Bair. Gb. 48. Sächs. Gb. Art. 36. Oestr. Ges. über Gefällsübertretungen. Art. 23.

Unvermeidlichkeit dieser Folge gekannt habe. [1]) Indessen ist auch hier die Beschränkung auf „nicht ausgenommene Thaten" überflüssig und unrichtig, da ohne Zweifel auch von ausgenommenen Thaten dasselbe gelten muß, sobald nur der Anstifter wußte oder wissen mußte, daß sie nothwendige Mittel oder unvermeidliche Folgen der beabsichtigten That seien. — Wenn aber im Sen auch von Zurechnung zur culpa die Rede ist, so kann hiegegen nicht (mit Hufnagel a. a. O. III. S. 92) eingewendet werden, daß es keine kulpose Anstiftung gebe. Denn hier ist ja nicht von kulposer Anstiftung, sondern vielmehr von doloser Anstiftung die Rede, an die sich aber eine Folge angehängt hat, die nicht zufällig war, mithin zum Versehen zugerechnet werden muß. [2])

§. 148.

Das Verhältniß der Miturheberschaft (§. 146) und der hieraus folgenden gleichen Verantwortlichkeit kann sich aber auch umgekehrt dadurch auflösen, daß der Anstifter seinerseits von dem Versuche freiwillig wieder absteht, in welchem Falle er dann straflos ausgehen kann, während den Angestifteten, der gleichwohl forthandelt, Strafe treffen muß. Soll indessen der Grundsatz von der Straflosigkeit des freiwillig aufgegebenen Versuchs auf den Anstifter anwendbar seyn, so muß derselbe sich nicht mit einer einfachen Erklärung seiner Sinnesänderung begnügt, sondern er muß auch wirklich seinen bereits gemachten Versuch wirkungslos gemacht haben. Denn das freiwillige Abstehen macht nicht auch für denjenigen rechtsverletzenden Erfolg straflos, welcher nicht mehr aufgehoben werden kann, sondern es tilgt nur die darüber hinaus-

1) Vgl. Kitka a. a. O. S. 40—43 und im N. Arch. 1835. S. 584—587. Rossi III. S. 41.

2) Vgl. Bauer Abh. I. S. 432.

liegende Verantwortlichkeit. Hieraus folgt unmittelbar, daß der Anstifter, der nur seine Sinnesänderung erklärt, aber dadurch nicht das Unterbleiben des Verbrechens bewirkt hat, stets wenigstens für einen nicht beendigten Versuch verantwortlich bleibt, mag nun das Verbrechen von dem Angestifteten in größerem oder geringerem Umfang verübt worden seyn. Dagegen muß er straflos bleiben, wenn er das Verbrechen verhindert oder die Staatsgewalt zu einer Zeit, wo das Verbrechen noch verhindert werden konnte, von der Unternehmung in Kenntniß gesetzt hat.

Anm. — Diese Sätze spricht auch das Wirtemb. Strafgb. Art. 77 [1]) aus; und, wenn dasselbe in dem Fall der unvollständigen Zurücknahme des Auftrags die Strafe des nichtbeendigten Versuchs droht, so braucht es dafür der Entschuldigung, daß es damit nicht sagen wolle, in dem gedachten Falle liege wirklich ein nicht beendigter Versuch vor, (Hufnagel Kommentar I. S. 159) keineswegs, wie die im §en angef. Gründe zeigen. Im Gegentheil setzt sich Hufnagel, wenn er hier den Reat des Anstifters als culpa bezeichnet, mit seinem eigenen Grundsatz (III. S. 92), daß eine kulpose Anstiftung nicht denkbar sei, in Widerspruch [2]). — Auch die von Bauer Anm. zum Hannövr. Entw. I. S. 283 und Zachariä Versuch II. §. 267 gemachten Unterschiede sind irrelevant. S. aber auch Bauer Abh. I. S. 364.

2) Zufällige physische Miturheberschaft.

§. 149.

Da die Handlung ihrer Natur nach ebenso eine objek-

1) Vgl. Mittermaier n. 4 zu Feuerbach §. 46. AM. ist Rossi III. S. 37 ob. und das franz. Recht. Hellie II. S. 77.

2) Konkurrenz von Versuch und culpa nimmt Stübel an. Theilnahme, S. 121 Art. 7. vgl. Kitka a. a. O. S. 7.

tive, wie eine subjektive Seite hat, so kann das Verhältniß der Miturheberschaft nicht nur mittelst der lezteren (§. 145 —148), sondern auch mittelst der ersteren, nämlich so begründet werden, daß Mehrere, deren keiner auf die Andern intellektuell eingewirkt hat, sich zufällig objektiv als Theilnehmer an Einem und demselben Verbrechen zusammenfinden. Damit aber solche nicht als bloße Gehilfen, sondern als Urheber zu betrachten seien, dazu ist nothwendige Voraussetzung, daß jeder bei der Handlung sich selbst Zweck sei; und damit sie Miturheber seien, wird erforderlich, daß jeder den Andern als Mittel gesetzt und ihm als Mittel gedient habe. Darin liegt, daß dieselben von einander gewußt, und nicht völlig unabhängig von einander gehandelt haben. Es ist aber auch ferner erforderlich, daß die Theilnehmer in direkter Absicht handeln, da die indirekte ihrer Natur nach ausschließlich und daher dem Verhältnisse der Miturheberschaft schlechthin entgegengesetzt ist. — Die rechtliche Bedeutung der Miturheberschaft besteht nun aber hier darin, daß vermittelst der Einen, allen Theilnehmern als Selbstzweck gemeinschaftlichen, Absicht auch die Akte aller Einzelnen zur Totalität Einer Handlung zusammengefaßt werden, daher es denn nicht darauf ankommt, wie viel oder wenig jeder Einzelne für den Erfolg mitgewirkt hat. Ward mithin das beabsichtigte Verbrechen überhaupt vollendet, so ist es als solches jedem als Miturheber zuzurechnen, dessen Thätigkeit nur überhaupt mit unter den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs lag; dagegen nur zum Versuche denjenigen, deren Akte dem Eintritte des Erfolgs erst nachfolgten.

Anm. — Von vorn herein sind hier alle diejenigen Begriffe von Miturheberschaft abzuweisen, welche auf der einseitigen Beachtung des objektiven Kausalverhältnisses beruhen, wornach also der Begriff des Mitur-

hebers und sein Unterschied vom bloßen Gehilfen nur davon abhängen soll, ob Jemand, der mit Andern gemeinschaftlich (ohne vorherige Verabredung) ein Verbrechen begeht, zu dem Erfolg als Haupt- oder als bloße Nebenursache mitgewirkt habe. S. §. 132. Anm. Dieser Ansicht hat auch wieder Luden Abh. II. S. 386—391 gehuldigt. Indessen ist schon oben gezeigt worden, daß das ganze Fundament seiner Lehre nicht fähig sei, irgend einen haltbaren Grundsatz zu tragen daß aber noch insbesondre seine Bestimmungen über die wechselseitig-einseitige Theilnahme an dem bedeutendsten inneren Widerspruche leiden. S. §. 145. Anm. — Hier mag nur noch dies beigefügt werden, daß auch der Standpunkt des positiven Rechts, auf welchen er sich stellt, seinen Behauptungen keinerlei Berechtigung verleiht. Denn der Art. 148 der PGO.[1]) ist so zu verstehen, daß der erste Satz nicht allein von einem Mordkomplott, sondern auch von einer unverabredeten Theilnahme Mehrerer in mörderischer Absicht handelt, wogegen die folgenden Bestimmungen nur den Fall vor Augen haben, wenn die Theilnehmer ohne mörderische Absicht thätig waren, und der tödtliche Erfolg nur zur culpa zuzurechnen, oder durch indirekten dolus entstanden ist. Dieser vielbestrittene Artikel dürfte auch von den neuesten Erklärern nicht ganz befriedigend auseinandergesetzt seyn[2]), wiewohl jeder ein richtiges Element liefert. Ohne Zweifel gieng Wächter zu weit, wenn er in dem Artikel von Satz 2 an nur die Berücksichtigung der culpa dolo determinata sehen wollte. Dagegen

1) Wächter im N. Arch. XIV. nr. 5. f. Abegg ebend. 1836. nr. 6. 1837. nr. 16. vgl. Mittermaier n. 1—3 zu Feuerbach §. 226.

2) Vgl. Heffter §. 244. 245. Marezoll S. 290. 291. Luden Abh. II. S. 282—284 Anm.

gehen auch Hefſter und Marezoll zu weit, wenn ſie dies läugnen und in der fraglichen Stelle nur die Berückſichtigung der doloſen Tödtung überhaupt finden wollen. Schon einige Aelteren [1]) ſprechen hier ſehr richtig von dem indirekten dolus und ebendahin zielt auch das von Abegg Angeführte [2]). Vielleicht dient folgende Betrachtung zur Löſung der Schwierigkeiten. 1) Entſcheidend iſt, ob man den 1. Satz bloß vom Mordkomplott oder auch von zufälliger Theilnahme Mehrerer in mörderiſcher Abſicht zu verſtehen habe. Hier ſcheint nun Wächter ganz das Richtige getroffen zu haben, indem er Lezteres behauptet, und es dient gewiß nicht zum Vortheil der Sache, wenn hievon die Neueren wieder abweichen. Die Richtigkeit jener Anſicht liegt klar bewieſen in dem Gegenſatze, worein die PGO. den zweiten zum erſten Satze ſtellt. Denn im erſten ſpricht ſie von dem „fürgeſetzten Willen, Jemand böslich zu ermorden,“ d. h. von der direkten Mordabſicht; im zweiten dagegen von „einem Schlagen und Rumoren, worin etlich Perſonen ungeſchichts bei einander waren, und in welchem Jemand ohn genugſam Urſach erſchlagen würde.“ Hiemit iſt offenbar aller prämeditirte animus necandi ausgeſchloſſen, und es bleibt nur die Tödtung aus impetus, luxuria oder culpa (in Verbindung mit doloſer Körperverletzung) übrig. Jedenfalls alſo darf man vom zweiten Satze an nie mehr an den Fall der doloſen Miturheberſchaft mehrerer zum Mord Entſchloſſenen denken, wobei man es zuvörderſt dahin geſtellt ſeyn laſſen kann, ob dieſe, auch als zufällige, nach Satz 1 zu behandeln ſei.

1) S. Wächter Lehrb. II. S. 136.

2) Vgl. Roßhirt Entwicklung S. 273 ff. Jarke in Hitzig Zeitſchrift VI. S. 372.

2) Versteht man aber den Artikel von Satz 2 an auf die gedachte Weise, so braucht man auch nicht mit Wächter sich darauf zu berufen, daß nach dem Geiste der PGO. die Schwerdtstrafe für bloße culpa dolo determinata nicht zu hart erscheine. Sondern man wird das Gesetz so auslegen, daß es a) unter dem rechten Thäter nur einen solchen meint, der mit wirklichem (indirekten) animus occidendi geschlagen hat. Dies sagt auch Heffter §. 244 n. 4 ganz richtig und führt dafür den treffenden Grund an, daß das Gesetz auch für den sogleich folgenden, aber nahestehenden Fall „gefährliches (doloses) tödtliches Schlagen" erfordere. Zwar läßt Heffter noch die Möglichkeit offen, daß die PGO. nach Vorgang der l. 6 C. ad leg. Jul. de vi selbst gegen die culpa dolo determ. hier besonders streng gewesen seyn möchte. Allein die sonstige Haltung des Artikels, besonders a. E. scheint eine solche Annahme geradezu zu widerlegen. Denn hätte der Gesetzgeber hier mit Strenge durchgreifen wollen, so hätte er nur auf die Raufhändel das Princip des Satzes 1 anwenden dürfen. Offenbar will er ja aber sorgfältig die verschiedenen Schuldunterschiede auseinandergehalten und gewürdigt wissen, und hat dabei sicherlich weit eher an die l. 17 D. ad leg. Corn. de sic. als an die l. 11 §. 2 D. ad leg. Aqu. gedacht [1]). Damit würde aber die Gleichstellung so wesentlich verschiedener Fälle, wie sie ihm Wächter unterlegt, nicht harmoniren. Indessen kann gegen die hier gegebene Deutung Wächter um so weniger etwas einwenden, als auch er es als natürlich und von selbst sich verstehend erklärt, daß ein etwa unter den Raufern befindlicher wirklicher Mörder die Strafe des Mordes

1) Wächter Lehrb. II. S. 136.

verwirke. Darf er dies (gewiß mit Recht) subintelligiren, so darf man wohl um so unbedenklicher subintelligiren, daß das Gesetz unter dem rechten Thäter, dem es die Strafe des Todtschlags droht, auch einen wirklichen Todtschläger meine. Denn, wenn allerdings ohne Zweifel die PGO. von der richtigen Ansicht ausgeht, daß die Theilnehmer in Raufhändeln regelmäßig nicht in mörderischer Absicht, sondern vielmehr nur in der Absicht, sich zu verwunden, thätig werden, so liegt doch auch die weitere Erfahrung sehr nahe, daß ein solcher prämeditirter oder im Affekt entstandener, zunächst nur auf Körperverletzung gerichteter, dolus sich eben im Verlauf des Streits sehr leicht zum indirekten dolus occidendi steigert, und dann wird in der Regel auch der, bei dem sich diese Steigerung einfindet, zugleich derjenige seyn, „von deß Hand die Entleibung geschieht." Wenn nun diesem die CCC. die Strafe des Todtschlags droht, so stimmt das mit den allgemeinen Grundsätzen vollkommen überein, und man braucht zu keiner Hypothese zu greifen [1]). — Uebrigens ist nun hier ad a) der Fall gemeint, wenn überhaupt nur Eine tödtliche Verletzung vorliegt. Hätte der Thäter hier in mörderischer Absicht gehandelt, so würde ihn die Strafe des Mordes treffen; hätte er nur aus culpa dolo det. die Tödtung verschuldet, so wäre er geringer zu bestrafen, als ein Todtschläger (da die CCC. voraussetzt, der „rechte Thäter" habe dolos-tödtlich geschlagen). — Haben ferner neben diesem Einen noch Andre Wunden beigebracht, welche nach der Voraussetzung nicht tödtlich waren, so sind sie wegen doloser Körperverletzung und, wenn anzunehmen ist, daß ihre Verletzungen den Tod mit verschuldet

---

1) Vgl. Wächter N. Arch. XIV. S. 110—112.

haben, wegen culpa dolo determinata, — sollten sie aber etwa selbst mit der indirekten Absicht der Tödtung gehandelt haben, wegen versuchten Todtschlags zu bestrafen. (Denn bei indirekter Absicht, s. den Sen, ist das Verhältniß der Miturheberschaft im rechtlichen Sinne nicht denkbar, wovon unten noch mehr). b) Der andre Fall ist der, daß mehrere tödtlichen Verletzungen beigebracht sind. Hier unterscheidet das Gesetz: aa) Es ist erwiesen, daß unter diesen möglicher Weise tödtenden Verletzungen nur Eine die wirklich tödtende war, und man kennt deren Urheber; bb) Es läßt sich nicht ermitteln, welche von den mehreren die wirklich tödtende war, oder die wirklich tödtenden waren, oder ob alle zusammen tödtend waren. — Diese Unterscheidung erkennt Wächter mit Unrecht nicht an, indem er die wahrlich sehr bedeutsamen Worte: „und man könnt nit beweislich machen, von welcher sonderlichen Hand und That er gestorben wär," für einen bloßen Pleonasmus erklärt, was freilich für die Erklärung eine große Bequemlichkeit wäre [1]). — Hier scheint eine nicht weg zu interpretirende Anomalie vorzuliegen. Wir finden die Anomalie übrigens nur darin, daß ad bb) zwischen den möglicher Weise tödtenden und wirklich tödtenden Verletzungen nicht unterschieden wird. Denn im Falle aa) ist es ganz den richtigen Grundsätzen angemessen, wenn eben nur der erweisliche Urheber der wirklich tödtenden Verletzung, — und, wie gesagt, nur unter der Voraussetzung, daß er animo (indirecto) occidendi gehandelt hat, — als Todtschläger bestraft wird. Es müssen dann die übrigen, welche tödtliche, aber nicht wirklich tödtende Verletzungen beigebracht haben, wegen bloßen Versuchs bestraft wer-

1) S. dagegen Abegg Lehrb. S. 333. 334.

den. Eben dies sollte nun auch ad bb) von sämmtlichen Theilnehmern angeordnet seyn, sobald ein non liquet darüber vorliegt, welche Verletzungen, ob Eine, ob mehrere, ob alle wirklich tödtend waren. Hier aber läßt, wie es scheint, der Gesetzgeber vom beendigten Versuche gelten, was nur auf die Vollendung beschränkt seyn sollte. Da er indessen auch hier ausdrücklich voraussetzt, daß alle betreffenden Personen dolo (indirecto) occidendi gehandelt haben, so wäre die Anomalie so groß nicht. Sie würde freilich ganz verschwinden, wenn man mit Wächter s. Anm. zu §. 132 überhaupt den Satz für richtig halten könnte, daß Mehrere, welche tödtliche Verletzungen zugefügt haben, als Urheber der vollendeten Tödtung zu betrachten seien [1]). Allein es wurde oben gezeigt, daß diese Ansicht unrichtig sei. Vielleicht könnte man jedoch auch die Worte: „von welcher sonderlichen .... gestorben wär" — so verstehen, daß sie sagen wollten: daß er von einer sonderlichen ... gestorben wäre. Auch dann würde die Anomalie hinwegfallen. Es würde nämlich dann der Gesetzgeber sagen: Liegen mehrere tödtliche Verletzungen vor, so ist zunächst zu untersuchen, ob eine davon allein wirklich tödtend war, in welchem Fall der Urheber dieser Verletzung als Todtschläger zu behandeln ist. Findet sich nun aber, daß der wirklich erfolgte Tod nicht Einer sonderlichen Hand und That, sondern jeder der tödtlichen

1) Wie Heffter, der diese Ansicht für unrichtig hält §. 231. n. 7. 10, gleichwohl hier §. 232 n. 4. §. 244 n. 5 Wächter beistimmen kann, weil eine Ursache die andere nicht aufhebe, ist unklar; denn es fragt sich ja im vorliegenden Falle gerade, ob der Beweis nöthig sei, daß jede tödtliche Verletzung auch wirklch tödtend (Ursache) gewesen sei? und diesen Beweis erklärt Wächter für überflüssig, während ihn Heffter voraussetzt.

Verletzungen, der einen wie der andern, zuzuschreiben ist, dann sollen (natürlich wieder unter Voraussetzung jenes animus) alle solche Urheber als Todtschläger behandelt werden. So ausgelegt, würde das Gesetz von den allgemeinen Grundsätzen in keiner Weise abweichen. Die Erklärung thut auch der Stelle weniger Gewalt an, als die von Wächter, führt übrigens praktisch auf das gleiche Resultat. Denn, wenn eben zu gleicher Zeit mehrere tödtliche Verletzungen zugefügt worden sind, so wird man wohl selten oder nie beweislich machen können, daß der Entleibte „von Einer sonderlichen Hand und That gestorben sei," man wird also mehrere gleichgewichtige Ursachen annehmen müssen. Sobald nun dies durch die Aerzte bewiesen ist, wird man allerdings der Ansicht von Heffter §. 232 n. 4 §. 244 n. 5 beipflichten müssen, der die Verordnung der PGO mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmend findet, nicht aber auch mit ihm auf Wächter sich berufen dürfen. — Die weiteren möglichen Fälle können hier übergangen werden; sie bestehen darin, daß entweder überall keine für sich tödtlichen, oder nur solche für sich tödtlichen Verletzungen, deren Urheber man nicht kennt, neben andern oder ohne andre vorliegen. Es muß hier überall Strafe wegen doloser Mißhandlung resp. versuchten Todtschlags und, soweit der gehörige Beweis geführt werden kann, wegen kulposer Tödtung eintreten [1]. — Es genügt das Resultat, daß die PGO. Art. 148 von Satz 2 an überall nicht von Miturheberschaft aus direktem dolus, sondern nur von dem Zusammentreffen mehrerer in indirektem dolus oder in culpa dolo determ.

---

1) Nicht aber wegen vollendeten Todtschlags, wie Heffter §. 245 IV. annimmt, vgl. Marezoll S. 94. n. 1.

Handelnden spricht, auf welches Zusammentreffen sie eben die Grundsätze nicht anwendet, welche von gedachter Miturheberschaft gelten müsse, vielmehr nur diejenigen, welche bei dem Zusammentreffen mehrerer kulposen Urheber gelten, und welche am besten in der l. 17 D. ad leg. Corn. de Sicariis zusammengefaßt sind [1]. Daß nun die PGO. insonderheit die in indirektem dolus, impetus oder luxuria handelnden Theilnehmer nach diesem Princip behandelt, ist vollkommen durch die Natur der Sache gerechtfertigt. Denn die indirekte Absicht kann zwar in Form der Anstiftung Miturheberschaft begründen, z. B. wenn Jemand im Sturme des Affekts einem Bedienten befiehlt, einen Andern die Treppe hinabzuwerfen, wovon dieser den Hals bricht, oder wenn ein schlechter Arzt in frevelhaftem Leichtsinn eine Kur anräth, wovon er sich denkt, daß sie den Kranken das Leben kosten könne. Aber wo die indirekte Absicht in physische Thätigkeit ausbricht, da kann sie dies nicht, und zwar aus dem Grunde nicht [2], weil Affekt und Leichtsinn diejenige Berechnung unmöglich machen, welche dazu gehört, um sich mit den Theilnehmern in das Verhältniß der Miturheberschaft zu setzen. Der im Affekt physisch Handelnde ist viel zu sehr mit sich selbst beschäftigt, viel zu ausschließlich in seinen eigenen Gesichtskreis gebannt, als daß es ihn bekümmern könnte, ob er durch sein Thun Andre unterstützt und von den Andern unterstützt wird. Seine Absicht ist nicht mittheilsam, noch kalkulirend: damit fehlt aber das Wesen der Miturheberschaft im rechtlichen Sinne. Mehrere, die

---

1) Daß Abegg diese Stelle auch auf dolose Miturheberschaft anwendet, darin liegt die Unbestimmtheit und Unhaltbarkeit seiner Lehre, s. jedoch dens. im N. Arch. 1836. S. 197.

2) Vgl. Rossi III. S. 54.

im Affekte handeln, sind deshalb nur wie eine Mehrheit kulposer Urheber zu betrachten, d. h. die Schuld eines jeden ist isolirt zu beurtheilen.

Eben durch diese Erklärung der P. G. O. Art. 148. ist aber von selbst die von Luden gegebene widerlegt, auf die er seine Theorie über die wechselseitig-einseitige Theilnahme gründet. Er versteht den Art. von Satz 2. an gerade von dem, wovon er nicht handelt, von der (unverabredeten) wahren dolosen Miturheberschaft, zugleich mißversteht er das in der betr. Stelle durchgeführte Princip für das Zusammentreffen mehrerer kulposen Urheber (vgl. l. 17. D. cit.) geradezu, und mengt aus dem abstrakt subjektiven Princip des römischen und dem abstrakt objektiven Prinzip des altgermanischen Rechts (wie er es auffaßt) ein Drittes zusammen, welches weder logisch, noch historisch befriedigen kann.

Reiner findet sich der abstrakt objektive Standpunkt bei Andern durchgeführt. Wenn sie nämlich den Begriff der Urheberschaft auf den der Hauptursache, und im Unterschiede davon den Begriff der Beihilfe auf den der bloßen Nebenursache gründen, so fordern sie konsequent zum Begriffe des Miturhebers, daß er nicht bloß Nebenursache, sondern Hauptsache gewesen sei [1]). (Eben dies fordert zwar auch Luden, aber er mischt sogleich mit seinen Bestimmungen über Theilnahme das ganz entgegengesetzte Princip ein). Indessen mußten sie bald einsehen, daß dieser Unterschied bei vorliegenden mehreren Theilnehmern ein sehr willkührlich handhabbarer sei. Wollte man unter Hauptursache die einzige Ursache verstehen, so mußte man eigentlich den Begriff der Miturheberschaft ganz aufheben (vgl. Stübel §. 153).

1) Kleinschrod syst. Entw. S. 198. Carpzov, Püttmann, Quistorp, bei Stübel §. att. Stübel §. 29. 30. Feuerbach §. 44. u. a.

Ebenso aber, wenn man die Hauptursache als hinreichende Ursache definirte, wie Feuerbach und Grolman. Wie wenig mit dem Begriff der nothwendigen Ursache auszureichen sei, kam sogleich zum Bewußtsein, wenn man sich nur klar machte, daß man es hier überhaupt nur mit endlichen Ursachen zu thun habe. Man verfiel daher auf Auswege, die allmälig zu der richtigen Einsicht führen mußten. Dabei blieb man aber — naturgemäß — ganz auf dem objektiven Standpunkte, und eben nur dadurch, daß man ihn bis zum Extrem erschöpfte [1]), machte man den Umschwung des Begriffs auf die entgegengesetzte Seite möglich. Besonders Stübel that einen großen Fortschritt, indem er mittelst seiner Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebentheilnahme, und naher und entfernter Theilnahme dem Begriff der Miturheberschaft überhaupt ein praktisches Feld zu verschaffen suchte. Nur freilich war damit im Gegentheil der Begriff der Beihilfe sehr ungerecht behandelt; denn nach den Stübel'schen Grundsätzen mußten sehr häufig bloße Gehilfen zu Miturhebern gestempelt werden. Es sollte nämlich Miturheberschaft begründet werden 1) durch jede Mitwirkung, die als in concreto unentbehrliche Ursache erschiene, und 2) überhaupt durch jede Theilnahme an der Haupthandlung selbst. Dabei war dann grundsätzlich auf den Unterschied zwischen doloser und kulposer Urheberschaft gar keine Rücksicht genommen. Nach allem Bisherigen ist nun klar, daß damit das Wahre in keiner Weise gefunden war. Zunächst mußte die Behauptung, daß in aller nahen Theilnahme, d. h. in jeder Mitwirkung

1) Eben dies ist von Rossi nicht geschehen, welcher (unbegreiflicher Weise) den Begriff der Produktivität der objektiven und subjektiven Seite auf gleiche Weise zutheilt.

bei der Haupthandlung Miturheberschaft liege, wieder verlassen werden, was denn auch durch Kleinschrod, Feuerbach rc. geschah. Dagegen empfahl sich der aufgestellte Begriff der in concreto unentbehrlichen Mitwirkung, woraus der (auch im Wirt. Strafgb. gegen die bisherige Praxis, eingeführte) Feuerbach'sche Hauptgehilfe entstand. Allein auch damit war noch keineswegs aller Zweifel gehoben. Denn es mußte zum Bewußtseyn kommen, daß bei endlichen Begebnißen überhaupt nicht zwischen entbehrlichen und unentbehrlichen Ursachen unterschieden werden könne, daß vielmehr eben nur die Summe aller Bedingungen das Unentbehrliche sei. Eben diese Einsicht veranlaßte denn Andre, den einseitig objektiven Standpunkt zu verlassen. Wenn nun bei Schirach sich das gerade entgegengesetzte subjektive Extrem vorfindet, so giengen Andre, wie Henke, Wächter, den richtigen Weg, d. h. sie unterschieden Urheberschaft und Beihilfe nicht mehr bloß nach dem Maßstabe des näheren und entfernteren, mehr oder minder wesentlichen objektiven Kausalzusammenhangs, sondern nach dem selbstständigen oder unselbstständigen subjektiven Interesse der Betheiligung. Hiernach war nun klar, daß auch bei der Haupthandlung Gehilfen vorkommen und daß auch in concreto unentbehrliche Akte von bloßen Gehilfen herrühren können, daß es aber andrerseits, das selbstständige Interesse an der That vorausgesetzt, gleichgiltig ist, ob der dolose Miturheber einen mehr oder minder wesentlichen Antheil an der Handlung nimmt, einen entbehrlichen oder unentbehrlichen Beistand leistet. Denn es mußte nun das im §en angegebene Princip (mehr oder minder deutlich) zum Bewußtsein kommen, daß bei dem Zusammenhandeln mehrerer dolosen Urheber durch die Eine Absicht

je der eine die Handlung aller Uebrigen auch zu der seinigen macht, daß also hier die objektive Kausalität nicht von den Akten der Einzelnen, sondern nur von der Gesammthandlung als einer Totalität gefordert werden kann. Freilich ist diese Konsequenz nicht von Allen gezogen, die im Uebrigen den Begriff der Miturheberschaft richtig bestimmen; so z. B. will Henke I. S. 275 auch auf das dolose, nicht blos das kulpose Zusammentreffen mehrerer Urheber, wenn es unverabredet war, den Grundsatz der l. 17. D. cit. angewendet wissen s. dagegen Wächter I. S. 150. n. 82.[1]) Andrerseits findet sich die gedachte Bestimmung, daß die gemeinsame Absicht auch die Handlung gemeinsam mache, zuletzt auch bei Feuerbach §. 46. not. b., obgleich sie zu seinen Definitionen von Urheber und Hauptgehilfen, die noch ganz auf dem einseitig objektiven Standpunkt stehen, nicht wohl paßt. Am treffendsten findet sich die Sache bei Heffter §. 78. dargestellt; nur scheint die Distinktion zwischen den Fällen a. und b. fast allzufein zu seyn. Wenn nämlich Jemand, wie Heffter ad a) sagt, bei einer Entführung das Mädchen dem Entführer abjagt und es nun selbst zur Wollust mit sich nimmt, oder wenn ein zum Raube entschlossener den Anfall eines andern Räubers benützt, um dem Angegriffenen sein Eigenthum zu entziehen, so findet in diesen Fällen ganz das Gleiche statt, wie in den ad b.), daß nämlich zwei Personen das gleiche Verbrechen sich zum Zweck gesetzt haben und einer die Handlung des Andern zu der seinigen gemacht hat. Nur wird in den vorgedachten Fällen hie und da dem einen Miturheber ein bloßer Konat zuzurechnen seyn, was aber eben so gut in

1) vgl. Heffter §. 78. n. 1.

den übrigen vorkommen kann. Es dürfte daher auch die Bestimmung der Mitthäter oder Hauptgehilfen in §. 83 b. als derjenigen, aus deren vereintem und auf gleichen Zweck gerichtetem Handeln die Vollendung des Verbrechens unmittelbar hervorgegangen sei, — als nicht ganz richtig in Anspruch zu nehmen seyn, da ja doch ohne Zweifel ein Miturheber auch bloß wegen Versuchs verantwortlich seyn kann, sobald nämlich sein wirkliches Thun ganz ausserhalb des Kreises der den Erfolg bedingenden Umstände fiel. — Es ist nämlich in dieser Beziehung die unverabredete Theilnahme vom Komplotte wohl zu unterscheiden. Bei jener macht der gleiche Zweck alle Theilnehmer zu Miturhebern, mag auch der eine einen ganz unwesentlichen Akt ausgeführt, z. B. bloß eine leichte Wunde beigebracht haben, während ein Andrer den tödtenden Streich führte, oder nur geleuchtet, während ein Andrer das Zimmer ausleerte. Allein nicht Jeder ist eo ipso auch Miturheber des vollendeten Verbrechens. Wenn z. B. zwei Diebe auf einer Leiter einsteigen und es kommt nun, während sie im Innern des Hauses beschäftigt sind, ein Dritter herbei, der gleichfalls diebische Absichten hat, er steigt auch sofort auf der Leiter empor, um die gute Gelegenheit gleichfalls zu benützen; ehe er aber selbst Hand anlegen kann, entsteht Lärm, und alle drei entfliehen, die beiden Ersteren mit, der Dritte ohne Beute, so ist der Dritte hier ohne Zweifel bloß eines versuchten Diebstahls schuldig. Wäre dagegen derselbe früher gekommen und hätte ohne eine weitere Verabredung den beiden Ersteren die Leiter gehalten, in der Absicht, nachher von ihnen den gleichen Dienst zu seinem Vortheil anzusprechen, — so wäre er hier ohne Zweifel als Miturheber des vollendeten Diebstahls anzusehen.

3) Das Komplott.

§. 150.

Die subjektive und objektive Begründung der Miturheberschaft trifft endlich zusammen beim **Komplotte**. Wenn nämlich Mehrere in Folge einer vorherigen Verabredung ein Verbrechen zusammen begehen, so müssen nicht nur für diejenigen, welche bei Vollbringung der Handlung auf irgend welche Weise thätig sind, dieselben Grundsätze gelten, wie für die unverabredeten dolosen Theilnehmer, weil der Grund für die Behandlung aller einzelner Akte als Einer Handlung hier vermöge der vorangegangenen Verabredung vollkommen vorhanden ist, sondern es sind auch eben wegen dieser Verabredung alle Theilnehmer gegenseitig als Anstifter und Angestiftete zu behandeln. Hiebei ist jedoch wohl in's Auge zu fassen, daß eben wegen der Wechselseitigkeit des Verhältnisses jeder einzelne zwar als Anstifter, aber nur als Anstifter eines schon für sich Entschlossenen zu betrachten ist, welche Betrachtung nur auf denjenigen nicht Anwendung leidet, welcher etwa im konkreten Fall alle Andern zuerst angestiftet hat und somit als Anstifter im e. S. zu behandeln ist. Die Folgen dieses Moments sind nun, daß a) auch die nicht wirksamen Komplottanten stets als Anstifter schon entschlossener, d. h. für einen Versuch des Verbrechens verantwortlich sind, sobald dasselbe zur Ausführung kam, b) schon die Eingehung des Komplotts, wenn die Ausführung des Verbrechens zufällig verhindert wurde, die Komplottanten wegen Versuchs strafbar macht, dagegen c) der Anstifter im e. S. stets nach den Grundsätzen behandelt werden muß, die für den Anstifter überhaupt gelten, je nachdem seine Anstiftung wirksam oder unwirksam gewesen ist, so daß er also, namentlich auch wenn er physisch nicht wirksam war, gleichwohl des vollendeten Verbrechens schuldig ist, wenn dasselbe nur überhaupt in Folge seiner Anstiftung vollbracht wurde,

überdies aber auch im Fall der wirksamen Anstiftung bei zufällig vereiteltem Verbrechen strafbar bleibt, weil es auch die Angestifteten sind.

Anm. — Die Lehre vom Komplott würde weniger bestritten seyn, wenn man über die vorangehenden, deren Spitze und Abschluß sie bildet, sich richtigere Begriffe machen und den organischen Zusammenhang der ganzen Lehre von der Theilnahme sich deutlicher zum Bewußtsein bringen wollte. Unter den verschiedenen, hinsichtlich des Komplotts kursirenden, Ansichten können zunächst wieder zwei extreme Ansichten und eine mittlere unterschieden werden.

1) Die strenge Ansicht findet sich bei Feuerbach (§. 47.) und Grolman (§. 34.), welche behaupten, jeder Mitverbündete, in Ansehung dessen die Erwartung der Uebrigen bis zu vollendeter That fortgedauert habe, sei als intellektueller Urheber des vollendeten Verbrechens zu betrachten, wenn er auch an dessen Ausführung sonst keinen thätigen Antheil genommen habe. Hier wird also von allen Komplottanten behauptet, was nur von dem Anstifter des Komplottes im e. S. richtig ist. Es wird das wesentliche Moment übersehen, daß die, an sich mit Recht angenommene, intellektuelle Einwirkung der Komplottanten auf einander eben wegen ihrer Gegenseitigkeit nur unter die Kategorie der Anstiftung eines schon Entschlossenen gebracht werden kann. Zwar macht Grolman die feine Bemerkung, es werde bei seiner Ansicht praktisch das Richtige deshalb herauskommen, weil sich in der Regel finden werde, daß der physisch unthätige Theilnehmer um so intensiver intellektuell thätig gewesen sei. Allein diese Bemerkung findet ihre genügende Berücksichtigung in dem, was oben über den Anstifter im e. S. gesagt ist. Sie ist aber

unwahr bei gemeinen Komplottanten und kann bei diesen nur zur Grausamkeit führen [1]. Uebrigens unterscheiden sich Feuerbach und Grolman noch wesentlich dadurch, daß ersterer neben dem Komplott auch noch die Möglichkeit einer unverabredeten physischen Miturheberschaft annimmt, die er mit Recht als ein von dem Komplotte noch verschiedenes Verhältniß prädicirt, während nach der Meinung des letzteren alle dolose Miturheberschaft nur durch Anstiftung oder Komplott, nicht aber durch unverabredetes Zusammentreffen entstehen kann, eine Ansicht, die auf dem, beiden hinsichtlich der Begründung der Urheberschaft überhaupt gemeinschaftlichen, abstrakt objektiven Standpunkte ohne Zweifel den Vorzug der größeren Konsequenz hat.

2) Die klare Ansicht findet sich bei Abegg, Lb. S. 115. 116. N. Arch. 1841. S. 416. [2]) sofern dieser sogar beim Komplotte die Regel der l. 17. D. ad leg. Corn. de sic. durchgeführt haben will. Da er aber gleichwohl den inneren Unterschied des Komplottes von anderweitigen Theilnahme-Verhältnissen nicht ganz abzuweisen mag, so macht er einige Koncessionen, die indeß eben so schwankend, als die Einwendungen gegen die richtige

1) Insoweit muß man Mittermaier n. 5. zu Feuerbach §. 47. zustimmen. Indessen wird doch die Klage über das „leidige Generalisiren" zu weit getrieben, wenn sie endlich auf das Ziel lossteuert, alle allgemeinen Grundsätze aufzuheben und die Rechte der Wissenschaft und der Gesetzgebung an eine weichherzige Praxis wegzuschenken. Der Feuerbachischen Ansicht ist auch Visini in Wagners Zeitschr. 1833. I. S. 318.

2) vgl. Marezoll S. 95. 136. 137. Am weitesten geht Stübel Theilnahme S. 31—38. 76. 77., der gar keinen Unterschied mehr zwischen zufälliger und verabredeter Theilnahme anerkennt. Vgl. Mittermaier über den neuesten Zustand, I. S. 151. Ders. n. 1—5. zu Feuerbach §. 47.

Ansicht unberechtigt sind. Die Koncession nämlich liegt darin, daß er zugiebt, es könne das Dasein der Vereinigung, die Rechnung auf gegenseitige Unterstützung und Theilung der Gefahr, einen psychologischen Einfluß auf jeden Theilnehmer ausüben, auch werde, wohl durch die Komplottirung im Allgemeinen in subjektiver und objektiver Hinsicht größere Gefährlichkeit bekundet. Die Einwendungen aber beschränken sich darauf, daß auch beim Komplott ein freiwilliges Zurücktreten, und neben einem Komplott auch vertragsmäßige Beihilfe vorkommen könne. Allein beides wird in der That von Niemand geläugnet und kann auch neben der Ansicht ad 1) ganz vollkommen anerkannt werden. Es besteht übrigens, wie schon oben bemerkt wurde, die wahrhaft konkrete Betrachtungsweise nicht in der Abstraktion von allen Unterschieden, sondern im Gegentheil in der Anerkennung und Durchführung derselben. Wird dann auf die oben näher gezeigte Weise eine Stufenfolge von der Miturheberschaft mittelst einfacher Anstiftung an bis zum Komplott hinauf anerkannt und jeder besonderen Form ihr eigenthümliches Recht angethan, so schließt das keineswegs noch eine weitere Beachtung specieller Schärfungs- oder Milderungsgründe innerhalb der einzelnen Formen, noch viel weniger die Einsicht aus, daß die verschiedenen Formen neben einander, ja daß neben ihnen auch kulpose Urheber und Gehilfen in jeder Form vorkommen können. — Die Behauptung von Abegg, daß im Komplott nicht nothwendig eine gegenseitige Anstiftung liege, ist auch, wie es scheint, von Wächter I. S. 151. gebilligt, sofern er beim Komplott gar keine Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen, mithin wenigstens keinen specifischen Unterschied zwischen Komplott und zufälliger doloser Miturheberschaft anerkennen

will. Indessen wird dadurch doch Wächter's Ansicht vom Komplott nicht so vag, wie die von Abegg, da jener wenigstens für die unverabredete dolose Miturheberschaft die oben vorgetragenen Grundsätze durchaus anerkennt. Daß er aber Unrecht habe, wenn er am Komplotte überall nichts Besonderes sehen will, das wird sich im Folgenden noch näher ergeben.

3) Mit Recht stellen sich die Meisten in die Mitte zwischen beiden Extremen, wobei denn freilich wieder allerlei Modifikationen vorkommen. Den Hauptpunkt hebt Stübel Thatbestand [1]) §. 61. ff. treffend heraus, wenn er sagt, das Eigenthümliche beim Komplott bestehe darin, daß einer ohne das gemeinschaftliche Interesse und die Mitwirkung des Andern zu Unternehmung eines Verbrechens nicht hinlänglichen Muth gehabt und ohne dessen Konkurrenz die wirkliche Vollbringung desselben nicht gewagt haben würde. Dasselbe wird auch von Kleinschrod I. §. 178. anerkannt und richtig ausgeführt. Nur befinden sich beide mit ihrer einseitig objektiven Vorstellung von der Urheberschaft in Verlegenheit, und fügen deshalb unrichtige Modifikationen bei. So behauptet Kleinschrod, jeder Komplottant müsse Urheber seyn, d. h. in jedem müsse, auch seiner physischen Thätigkeit nach, eine vorzügliche oder Hauptursache für die Existenz des Verbrechens liegen [2]). Es ist klar, daß damit gerade der praktische Haupt-Effekt des Komplotts preisgegeben wird, obgleich der Behauptung von dem objektiven Standpunkt aus Kon-

1) Freilich sagt Stübel in der späteren Schrift geradezu das Gegentheil.

2) s. übrigens denselben im N. Arch. IV. S. 329. ff. vgl. Schirach ebend. I. S. 521.

sequenz nicht abzusprechen ist. Mit Recht wird nun dieselbe von Stübel §. 62. Anm. angegriffen, und eben das als eigenthümliche Wirkung des Komplotts herausgehoben, daß es jeden Theilnehmer, der auch nur im Geringsten bei der wirklichen Ausführung des Verbrechens sich thätig zeige, für das Ganze, namentlich betreffenden Falls für das vollendete Verbrechen verantwortlich mache. Dabei ist es nur wieder wunderlich, wenn Stübel sagt, das praktische Interesse des Komplotts beziehe sich nur auf die entfernte und die Nebentheilnahme, da es bei naher und voller Theilnahme des Komplotts gar nicht bedürfe, um den Begriff der Miturheberschaft hervorzubringen. Allerdings ist hieran etwas Wahres, nämlich dies: daß auch ohne Komplott physische Miturheberschaft entstehen könne; allein das Schiefe in der Behauptung Stübels liegt darin, daß hier die Begründung der Miturheberschaft in der Art der physischen Thätigkeit gesucht wird, während sie doch immer und überall nur darin liegen kann, daß jeder sich selbst als Zweck des Verbrechens und die Theilnehmer als seine Mittel setzt. Dagegen muß allerdings das Princip, welches für die unverabredete dolose Miturheberschaft gilt, auch beim Komplott jedenfalls zur Anwendung kommen, weil hier der gleiche Grund vorhanden ist; und der Unterschied besteht nur darin, daß beim Komplott alle Theilnehmer Miturheber des vollendeten Verbrechens sind, sobald sie nur an der Ausführung des Verbrechens irgend welchen Antheil genommen haben, — während bei der unverabredeten Theilnahme der eine bloß wegen Versuchs verantwortlich seyn kann, indessen einem Andern das vollendete Verbrechen zugerechnet werden muß. Eben dieser Unterschied hat seinen Grund in dem Momente, wodurch sich

das Komplott vor der zufälligen Miturheberschaft auszeichnet, d. h. in dem darin liegenden Verhältnisse wechselseitiger Anstiftung [1]). Nur darf freilich dieses Moment nicht so ausgebeutet werden, wie es durch Feuerbach und Grolman geschieht. Vielmehr zeigt hier Stübel sehr gut, daß der physisch gar nicht wirksame Komplottant nur wegen Versuchs verantwortlich seyn könne [2]). Zu weit geht aber letzterer wieder, wenn er S. 63. behauptet, ein Mitverschworener, der eine Hilfe erst nach der That zu leisten sich anheischig gemacht habe, müsse für das vollendete Verbrechen einstehen, auch wenn dasselbe entdeckt worden sei, ehe er sein Versprechen erfüllen konnte, ja selbst dann, wenn er nach der That die Erfüllung seines Versprechens verweigerte [3]). Denn im erstern Falle ist kein Grund vorhanden, einen solchen Theilnehmer anders zu behandeln, als andre physisch nicht wirksam gewordene Komplottanten, im zweiten aber ist der Grundsatz von der Unwirksamkeit zu spät kommender Reue relativ falsch angebracht; d. h. die nun erst erfolgende Verweigerung der zugesagten Hilfe kann allerdings den bereits gestifteten Schaden, der in der Begehung des Verbrechens durch die übrigen liegt, nicht mehr aufheben; da nun hiefür dem fraglichen Komplottanten ein strafbarer Konat in Aufrechnung kommt, so kann das jetzt erfolgende freiwillige Abstehen diese Strafe nicht mehr absorbiren. Wohl aber muß es die weitere Strafe tilgen, die den Kom-

1) vgl. Kitka a. a. O. S. 132.

2) vgl. Kleinschrod I. §. 181.

3) vgl. Schirach a. a. O. S. 525—527, der aber auf der andern Seite zu weit geht, wenn er die vorher zugesagte Begünstigung ganz vom Komplotte ausschließt, s. dagegen Cucumus N. Arch. XIV, S. 3—5.

plottanten bei wirklicher Erfüllung seines Versprechens getroffen haben würde und welche keine andere gewesen wäre, als die Strafe des vollendeten Verbrechens. Eben so geht Stübel auch darin zu weit, daß er §. 64. behauptet, wer bei einem Verbrechen Wache stehe, der müsse stets Miturheber seyn und zwar Komplottant, und, auch wenn er es läugne, sei er aus der That für überführt zu achten. Endlich fehlt er darin, daß er zwischen dem Anstifter des Komplotts und den gemeinen Komplottanten nicht unterscheidet, während dies von Kleinschrod I. S. 314. geschieht [1]). — Wenn nun oben gesagt ist, die nicht wirksamen Komplottanten, sowie die Komplottanten überhaupt im Fall einer zufällig vereitelten Unternehmung seien wegen Versuchs verantwortlich, während auf den Anstifter des Komplotts die gewöhnlichen Grundsätze über wirksame Anstiftung, übrigens mit einer Modifikation, anzuwenden seien, — so rechtfertigt sich dies Alles aus den früher angeführten Grundsätzen über Miturheberschaft, die im Komplott nur in eine neue Kombination treten. Daß nämlich a) die physisch nicht wirksamen Komplottanten [2]) stets bloß wegen Versuchs verantwortlich sind und zwar wegen nicht beendigten, das Verbrechen mag von den Uebrigen physisch versucht oder ausgeführt worden seyn, das folgt daraus, daß in dem Komplott eine, jedoch nicht vollkommene, wechselseitige Anstiftung liegt. Eben daraus folgt b) daß [3]), wenn die Ausführung durch blo-

1) Stübel Theilnahme ꝛc. S. 31—38 stellt sich der Feuerbachischen Ansicht extrem gegenüber, indem er alle intellektuele Einwirkung beim Komplott abläugnet.

2) Casse de auct. del. intell. §. 14. Andre sprechen hier von intellektueller Beihülfe. z. B. Bauer Abh. I. S. 447 Kleinschrod N. Arch. IV. S. 337.

3) Henke I. S. 175. 276. Heffter §. 86. spricht von Bihilfe.

ßen Zufall verhindert wird, sämmtliche Komplottanten wegen Versuchs haften. Denn es kann [1]) von ihnen der Satz nicht gelten, der von dem wirksamen Anstifter in solchem Fall gilt, eben weil ihre Anstiftung nicht als eine vollkommene zu betrachten ist. Daß endlich c) der Anstifter im e. S. auf die angef. Weise zu behandeln ist, bedarf wohl keines weiteren Beweises; die hinsichtlich seiner gemachte Ausnahme aber, d. h. daß er im Fall des zufällig vereitelten Unternehmens nicht straflos bleibt, rechtfertigt sich eben durch das unter b) Bemerkte. Da nämlich in solchem Falle die angestifteten gemeinen Komplottanten selbst wegen Versuchs haften, die Verschuldung des wirksamen Anstifters aber mit der des Angestifteten stets parallel geht, so folgt das Gesagte ganz einfach [2]). — Von selbst versteht sich schließlich, daß der Begriff des Komplotts auf diejenigen Verbrechen keine Anwendung leidet, die schon ihrer Natur nach die Mitwirkung mehrerer Personen erfordern [3]). —

Zu einer von allen bisher angef. abweichenden Behandlung des Komplotts wird durch seine eigenthümliche Ansicht über Theilnahme überhaupt Luden geführt. Abh. II. S. 351. n. 1. 367—380. Zwar das giebt er richtig an, daß die nicht physisch wirksamen Theilnehmer bloß wegen Versuchs verantwortlich seien; aber sein Grund dafür ist unrichtig, da er aus demselben auch die falschen Folgerungen zieht, daß der Anstifter des Komplotts gleichfalls nur wegen Versuchs hafte und dasselbe von solchen physisch wirksamen Komplot-

1) vgl. Kleinschrod I. S. 313. Hefft er §. 87. n. 2. Bauer Abh. I. S. 445. 446. Zirkler n. Arch. 1839. S. 449—452.

2) vgl. Heffter §. 86. n. 5.

3) Henkel. S. 278. n. 23. vgl. noch Bauer Abh. I. S. 440—444.

tanten gelte, die nur Nebenhandlungen verrichten, — ganz abgesehen davon, daß nach seiner Auffassung das Verhältniß des Urhebers zu einem bloßen Gehilfen und das des einen Komplottanten zum andern geradezu unter Einen Gesichtspunkt gebracht wird. S. 377. n. 1. finden sich dann freilich Bemerkungen, die das im Text Ausgeführte großentheils wieder umstoßen und der richtigen Ansicht nahe kommen.

Noch verdienen zwei praktische Fragen Erwähnung: 1) ob auch eine stillschweigende Verabredung als genügend anzunehmen sei? 2) ob die Zusage einer bloßen Nichtverhinderung hinreiche? — ad 1) diese Frage wird von Vielen verneint, z. B. von Kleinschrod I. §. 180, Grolman §. 34, Henke I. S. 275 ꝛc., dagegen von Andern bejaht, so von Heffter §. 86. n. 2. Luden a. a. O. S. 351. n. 1. Man muß sich aber wohl für die letztere Ansicht erklären. Denn das, was anderen Arten der Miturheberschaft gegenüber die Eigenthümlichkeit des Komplotts ausmacht, d. h. daß Mehrere, deren jedem das Verbrechen für sich selbst Zweck ist, sich zu gemeinschaftlicher Begehung desselben vereinigen, und eben durch diese Vereinigung sich wechselseitig anzustiften suchen, setzt keineswegs einen ausdrücklichen Vertrag voraus, sondern es genügt jede Form, in welcher sich überhaupt Menschen ihre Entschlüsse mittheilen können. Dies findet sich, in näherer Beziehung auf das Wirtemb. Strafgb. bei Hufnagel Komment. III. S. 94—96 gut ausgeführt. Wenn übrigens dort bemerkt wird: wenn der Entschluß bei der sich zeigenden Gelegenheit in demselben Augenblicke bei Mehreren entstehen könne, so werde er auch von dem einen in der Seele des andern gelesen, — so würde es wohl unrichtig seyn, wenn damit gesagt werden wollte, dies könne auch bei einem

zufälligen Zusammentreffen mehrerer dolosen Urheber geschehen, so daß jedes solche, auch durch den Zufall veranlaßte, Zusammenwirken sofort den Typus des Komplotts annehmen müßte. Vielmehr wird beim Komplott stets eine der Ausführung des Verbrechens vorangehende Willensmittheilung vorausgesetzt werden müssen, weil nur hiedurch das Verhältniß wechselseitiger Anstiftung entstehen kann, welches die specifische Eigenthümlichkeit des Komplotts ausmacht. In der That liegt dies auch in der gewöhnlichen Definition des Komplotts, die sich weder mit dem gleichen unmittelbaren Interesse der Einzelnen, noch mit der gemeinschaftlichen Begehung der That begnügt, sondern als wesentlich noch weiter eine Verabredung hiezu, d. h. jedenfalls eine solche gegenseitige Willensmittheilung fordert, wodurch jeder gegenüber den übrigen als Anstifter erscheint [1]. Wäre dem nicht so, hätte man vielmehr bei jedem, auch zufälligen, Zusammentreffen mehrerer dolosen Urheber ein extemporirtes Komplott anzunehmen, so würde man auch solche, deren Akte der Vollendung des Verbrechens erst nachfolgten, als Miturheber des vollendeten Verbrechens zu bestrafen haben, ja sogar solche, welche überall nicht mit Hand anlegten, was offenbar eine durch nichts zu rechtfertigende Härte wäre. Auch scheint die weitere Bemerkung nicht sonderlich praktisch zu seyn, daß die stillschweigende Eingehung des Komplotts Schwierigkeiten mache, wenn dieselbe Handlung auf ein leichteres oder schwereres Verbrechen, z. B. Realinjurie oder Körperverletzung oder Tödtung gerichtet seyn könne. Denn in solchen Fällen wird die Erfahrung wohl immer das Ergebniß liefern, daß gemäß

1) S. z. B. Visini a. a. O.

der Natur dieser Fälle das Komplott, wenn je ein solches anzunehmen ist, überall nur hinsichtlich des leichteren Verbrechens anzunehmen ist, weil die schwerere Rechtsverletzung nur zum Versehen oder zur indirekten Absicht zuzurechnen seyn wird. ad 2. Wie oben angeführt wurde, verlangt Kleinschrod zum Komplott, daß die Haupthandlung gemeinschaftlich begangen werden wolle, und zwar so, daß jeder Theilnehmer Haupturſache der Existenz des Verbrechens zu werden sich anheischig mache. Mit Recht aber finden die Meisten diese Bestimmung viel zu eng, wie denn Stübel (s. oben) sogar auf das entgegengesetzte Extrem hinausgeht. Bei Hufnagel a. a. O. II. S. 513—518 findet sich die Frage: ob die Zusage einer negativen Unterstützung (natürlich das unmittelbare Interesse an dem Verbrechen vorausgesetzt) ein Komplott begründe? von einem Kreisgerichte und von dem Obertribunale auf entgegengesetzte Weise entschieden, sofern ersteres sie bejaht, letzteres sie verneint. Ersteres scheint aber Recht zu haben, indem es sich darauf beruft, daß die für gleichmäßige Bestrafung der Theilnehmer bei der Haupthandlung selbst geltenden Gründe auch für gleichmäßige Bestrafung komplottmäßiger Theilnehmer vor der That sprechen, wie denn nicht nur die Praxis des gemeinen Rechts, sondern auch das Wirtemb. Strafgb. und zwar in Uebereinstimmung mit den übrigen neueren Gesetzgebungen für diesen Satz spreche. Als bloßer Urheber eines Versuchs könne offenbar nur derjenige Komplottant erscheinen, welcher an der Ausführung auf keine Weise Theil genommen, d. h. sein Versprechen überall nicht erfüllt und auch nicht einmal durch seine Gegenwart sich zur Erfüllung bereit gezeigt habe. Das Obertribunal führt seinen Gegenbeweis nur aus formellen Gründen (den Motiven des

Gesetzbuchs), die aber dem Inhalt nach unrichtig sind, da ihnen die Ansicht zu Grunde liegt, daß über die Annahme von Urheberschaft und Beihilfe nicht das unmittelbare Interesse an der That, sondern die größere oder geringere physische Thätigkeit entscheide, eine Ansicht, die keineswegs als die des Wirtemb. Strafgb. gelten kann [1]). Vielmehr spricht dieses Gesetzbuch im Wesentlichen ganz die oben aufgestellten Grundsätze aus, und als eine Inkonvenienz erscheint dabei nur, daß auf die physisch nicht wirksamen Komplottanten ganz in abstracto die Begriffe des beendigten und nicht beendigten Versuchs angewandt werden, so daß für den Fall, wo das Verbrechen durch die Uebrigen bloß zum Versuche gedieh, eine Lücke im Gesetz besteht. s. Hufnagel a. a. O. I. S. 170.

§. 151.

Eben weil das Komplott auf dem Verhältnisse gegenseitiger und deshalb nicht vollkommener Anstiftung beruht, kann bei ihm von den über die Anstiftung und ihren Versuch geltenden Grundsätzen (§. 147. 148), ausser dem bereits §. 150 Angegebenen nur dies Anwendung finden: a) daß der freiwillige Rücktritt des einen Komplottanten die Uebrigen nicht straflos machen kann, b) daß bei Ueberschreitungen des Verabredeten durch einen oder einige Komplottanten die Verantwortlichkeit der Uebrigen hiefür sich gleichfalls darnach richtet, ob sie als Folge der Verabredung vorausgesehen werden konnten, resp. mußten, oder ob dies nicht der Fall war; c) daß auch die Komplottanten sich durch freiwilliges

1) Vgl. Bair. Gb. Art. 50. Bad. Entw. Art. 110. — Das Sächs. Gb. dagegen stellt die ausdrückliche und stillschweigende Uebereinkunft gleich und befolgt überhaupt den einseitig objektiven Gesichtspunkt. Art. 33 ff.

Zurücktreten von der Verantwortung befreien können; ganz nämlich dann, wenn sie die Ausführung des Verbrechens durch die Uebrigen verhindert oder die Staatsgewalt von der sträflichen Unternehmung rechtzeitig in Kenntniß gesetzt haben; der Anstifter im e. S. bloß theilweise, wenn er nur einfach zurücktrat, ohne dadurch die Verhinderung des Verbrechens zu bewirken.

Anm. — Eine eigenthümliche Strafskala enthält in Beziehung auf den Punkt c) das Wirtemb. Strafgb. Art. 81. 83. Zunächst scheint es gerechtfertigt, wenn der Anstifter des Komplotts auch im Fall des unvollständig aufgegebenen Versuchs mit schwererer Strafe bedroht wird, als die gemeinen Komplottanten im gleichen Falle. Dagegen erscheint es unpassend, wie hier die Kategorieen des beendigten oder nicht beendigten Versuchs zur Anwendung gebracht sind, und zwar doppelt unpassend, da das Gesetzbuch offenbar nur den Fall vor Augen hat, daß das Verbrechen trotz des Zurücktritts des einen oder andern Theilnehmers ausgeführt und zwar zur Vollendung gebracht worden ist. — Zugleich ist es sonderbar, daß drei Grade gemacht werden. a) Erklärung des Austritts oder Bestreben, die Uebrigen abzuhalten, b) Vereinigung dieser beiden Thätigkeiten, c) Anzeige bei der Obrigkeit. In der That ungerecht aber ist es, wenn die gemeinen Komplottanten nur in den Fällen b und c für straffrei erklärt werden, während sie im Fall a die Strafe des nicht beendigten Versuchs treffen soll [1]. Vielmehr kann aber nur der Anstifter dafür verantwortlich gemacht werden, wenn das Verbrechen trotz seines Rücktritts ausgeführt wurde, aus den §. 148 angef. Gründen. Dagegen passen eben diese

1) S. dagegen auch Mittermaier n. 4 zu Feuerbach. §. 47.

Gründe nicht auch auf die gemeinen Komplottanten, denen überall keine vollkommene Anstiftung zur Last fällt, wie dies denn auch von Zachariä II. §. 268 richtig ausgeführt ist [1]). Von selbst versteht sich die Straflosigkeit Aller, wenn Alle zusammen von dem Unternehmen freiwillig wieder abstehen.

II. Materielle Zurechnung.

§. 152.

Dem formellen Charakter der Handlung gegenüber, als der allgemeinen Qualität und einfachen Form derselben für die beliebige Mannigfaltigkeit ihres Inhalts, macht (§. 113) das Subjekt, als in sich reflektirtes, somit gegen die Objektivität Besonderes, seinen eigenen Zweck, seine materielle Absicht in der Handlung geltend, und es ist das Wesen der subjektiven Freiheit, in der Ausführung dieses Zwecks ihre Befriedigung zu finden, welche an den subjektiven Neigungen, Interessen, Trieben ꝛc. ihren Stoff, und als Totalität das Wohl des Subjekts zum Resultate hat. Indem nun handelnd der subjektive Wille sich in positive Beziehung zu dem Willen andrer Subjekte setzt, so kann er sein Wohl auch in der Beförderung des Wohls des Anderen suchen. Mit diesen seinen Zwecken verhält sich aber der besondere Wille zunächst indifferent gegen das Recht, und sein Recht ist, in der Sphäre der Objektivität nur nach seinen formellen Absichten beurtheilt zu werden. Indem er aber das formelle Recht zu seiner Schranke hat, so wird nun auch innerhalb dieser Schranke sein Wohl für ihn selbst zum Rechte.

---

1) Vgl. Bauer Abh. I. S. 446. f. indessen auch Cucumus N. Arch. XIV. S. 6—8.

Anm. — Die materielle Absicht macht eine höhere Stufe der Freiheit aus, als die formelle, weil im Inhalte der Handlung das Innere des Handelnden auf intensivere Weise ausgedrückt ist. Andrerseits macht aber auch ihre Besonderheit gerade ihre Endlichkeit und Beschränktheit aus, indem sie dadurch in den unendlichen Progreß der Absichten geräth, dessen letztes Resultat die ganz formelle Allgemeinheit des Wohls oder der Glückseligkeit ist [1]. — Hier ist nun übrigens wieder ein Hauptpunkt, in welchem die abstrakte Substantialität der Hegel'schen Betrachtungsweise verlassen werden muß. So viel Gutes er auch bei dieser Gelegenheit über die Misère der egoistischen Moralität, die sich gegen das Sittlichallgemeine aufspreizt, vorbringt, so enthält doch seine ganze Darstellung ein doppelt Schiefes, indem er 1) das gesammte moralische Verhalten des Menschen bloß als einen Abbruch von der natürlichen Sittlichkeit, als falsche Freiheit und Quelle des Bösen behandelt, 2) aber, was noch viel schlimmer ist, als die Gesammtheit des sittlichen Wesens den im Staate objektiven Geist aufstellt, so daß alle Tugend konsequenter Weise in der ordonnanzmäßigen Rechtschaffenheit eines honetten Bürgers aufgehen muß. — Der erstere Punkt gehört nun nicht hierher; was aber den letzteren betrifft, so ist schon oben bemerkt worden, daß in die Rechtsphilosophie überall nicht das Subjekt als solches mit seiner Freiheit gehöre, sondern nur das Subjekt, soweit es Person, Mitglied der menschlichen Gemeinschaft, Atom in der socialen Koexistenz ist. Das Wohl des Menschen tritt daher auf den Boden des Rechts eben nur in soweit, als es Wohl der Person ist. Insoweit aber ist

---

1) Hegel §. 122 123. Michelet S. 102—106.

es, was **Hegel** nicht gelten lassen will, ein durchaus wesentlicher Faktor in der Genesis des Staats, der selbst gar nichts anderes ist, als die vollständige Vermittlung des Rechts mit dem Wohle, der Allgemeinheit des objektiv existirenden Willens mit seiner Besonderheit. In den Umkreis dieses persönlichen Wohls fällt allerdings neben dem äusseren auf relative Weise auch das innere Wohl des Menschen, so nämlich, daß es nicht nur, soweit es sich mit dem formellen Rechte verträgt, seine Geltung im Staate, sondern in gewissen Sphären (Kirche, Schule, nationales Kunstleben) selbst seine positive Verwirklichung durch den Staat, aber eben nur in der Weise verlangt, daß diese Verwirklichung nicht als eine eigenthümliche Produktion des Staats erscheinen darf, sondern ihr Princip ausserhalb seines Gebietes haben muß. Wenn nämlich Sittlichkeit überall nichts anders heißt, als die Vermittlung des Wesens des Willens mit seiner Erscheinung, so muß die objektive Sittlichkeit gerade in der Vermittlung des Rechts mit dem besondern Willen, d. h. mit dem Willen des Menschen als eines Besonderen neben anderen Besonderen, eines Mitglieds der Gesellschaft, einer mit anderen Personen koexistirenden Person bestehen. Indem das Recht seinem Begriffe nach diese Einheit ist, so muß der Staat, als der Organismus der Rechtsidee, einerseits die abstrakte Allgemeinheit des Willens, das formelle Recht, andrerseits die abstrakte Besonderheit des Willens, das materielle Wohl der freien Persönlichkeit zu seinen Faktoren haben. Soll der Staat wahrhaft ein sittliches Wesen seyn, so darf dieses Wohl nicht bloß, wie bei Hegel, eine transitorische Bestimmung bleiben, die sofort zur Accidenz an der Staatssubstanz herabgesetzt wird, sondern das Subjekt muß freie Person

bleiben, und nicht nur dem Namen nach, sondern auch in wirklicher Geltung, d. h. so sehr Recht und Staat als Selbstzweck anzuerkennen sind, so gewiß muß auch erkannt werden, daß sie für den Menschen, für sein Interesse und Wohl da sind, — eine Bestimmung, woraus sich sofort im Gebiete des öffentlichen Rechts eine Reihe von Konsequenzen entwickelt, welche der Hegel'schen Rechtsphilosophie fremd geblieben sind. Obgleich nun übrigens Hegel[1]) es einerseits einen Mißgriff der Abstraktion nennt, „das Privatrecht und Privatwohl als an und für sich gegen das Allgemeine des Staats geltend zu machen", so giebt er doch andrerseits zu[2]), daß „das Recht der Besonderheit des Subjekts, sich befriedigt zu finden, d. h. das Recht der subjektiven Freiheit den Wende- und Mittelpunkt in dem Unterschiede des Alterthums und der modernen Zeit ausmache." Mit diesem Rechte muß denn nun auch Ernst gemacht, es muß nicht bloß bei dem spinozistischen Rechte des Wissens belassen werden. Allerdings war es der politische Segen des Christenthums, daß durch dasselbe Alle zur Freiheit berufen worden sind. Aber auf dem Boden des Staats, selbst dessen, der mit specifischer Christlichkeit prunkt, ist dies noch keineswegs in allen Folgerungen anerkannt. Dagegen kann keine Rechts- und Staatstheorie mehr ein Fundament suchen, worin es nicht anerkannt wäre, daß der Mensch auch im Staate Selbstzweck sei. Hier ist denn auch der subjektive Idealismus in seinem Rechte, der nur darin fehlte, daß er die besondere Freiheit selbst als Substanz, Recht und Staat daher nur als Produkt ihres Beliebens setzte. Vielmehr

---

1) §. 126 Anm. a. E.

2) §. 124 Anm.

muß aber, sosehr einerseits das Wohl der Person als wesentlicher Faktor in der Genesis des Staats anerkannt wird, ebenso andererseits auch der Punkt aufgezeigt werden, wo dieses Wohl selbst die Unmöglichkeit seiner isolirten Befriedigung inne wird und seinerseits das Recht als ein substantiell an und für sich Seiendes, den Staat als mütterlichen Lebensgrund des Menschen fordert. Allein eben, damit erhelle, was der Staat dem Menschen zu leisten hat, muß zuvörderst das Recht der freien Besonderheit erwogen werden, das freilich, wie schon angedeutet, seine Realisirung im Staate zunächst nur in Beziehung auf das äussere Wohl und nur relativ auch in Beziehung auf das innere fordert. — Daß nun überall der Mensch ein Recht habe, sein Wohl zu suchen, — wovon diese ganze Erörterung anheben muß, — dafür liegt der Grund in dem im §. a. E. Gesagten. Das formelle Recht, d. h. der abstrakt allgemeine Wille in der objektiven Sphäre, enthält keine Gebote, sondern Verbote, es ist hiemit nur negative Schranke für die Freiheit des besondern Willens. Denn, was nicht verboten ist, das ist erlaubt; was aber erlaubt ist, das ist im Rechtsgebiete selbst ein Recht, aus welchem sofort Forderungen entspringen, die Erfüllung finden müssen.

§. 153.

Indem nun der besondere Wille mit dem Inhalt seines Wohls sich in sich reflektirt, so setzt er sich eben damit unterschieden von dem allgemeinen Willen als solchen, dem er mithin entsprechen, aber auch nicht entsprechen kann. Da aber in der Sphäre des objektiven Geistes das angemessene Dasein des Willens allein als Identität seiner Allgemeinheit und seiner Besonderheit, d. h. als Recht ist, so ergiebt sich,

daß keine materielle Absicht jemals eine widerrechtliche Handlung rechtfertigen kann.[1])

Anm. — Man hat nicht nur, wie Hegel andeutet, auf dem Theater, sondern auch im Leben oft genug durch moralische Absichten (gute Absichten für eigenes und fremdes Wohl) widerrechtliche Handlungen zu rechtfertigen gesucht. Ja, solches geschieht noch täglich, und um so gewisser, je seltener die Bildung ist, welche in dem Vollbringen des Nothwendigen die wahre Freiheit erkennt, je häufiger vielmehr die Menschen „die Verwirklichung solcher moralischen Absichten dem Rechtthun vorziehen (z. B. lieber Geschenke machen, als Schulden bezahlen), aus dem sehr natürlichen Grunde, daß im Rechtthun weiter kein besondres Verdienst zu liegen scheint, weil der Mensch sich dabei nicht nach seinem eigenthümlichen Charakter geltend machen kann, sondern sich einem an und für sich seienden Gesetze anschließen muß [2])." Besonders häufig kommen Tödtungen aus Mitleid, Liebe rc. vor, um geliebte Personen vor den Gefahren und Leiden des Weltlebens zu sichern. — Der im §. angegebene Grundsatz ist übrigens in der Doktrin und der Gesetzgebung anerkannt [3]).

§. 154.

Nicht nur ist aber das Wohl des besondern Willens, soweit es die Verbote des formellen Rechts nicht verletzt, selbst ein Recht, sondern es ist sogar berechtigt, im Falle der Kollision seiner Totalität mit dem bloßen Eigenthums-

---

1) Hegel §. 126. Michelet S. 158. 159.

2) Michelet a. a. O. S. 158.

3) Vgl. Oersted Grundregeln S. 232. Heffter §. 62. 63. Bair. Gb. Art. 39. Wirt. Gb. Art. 55. Sächs. Gb. Art. 68.

rechte dem letzteren als Nothrecht vorzugehen, weil die Totalität des Wohls, das Leben, mit dem Dasein der Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit überhaupt in Eins zusammenfällt, mithin in dem Kollisionsfall die Verletzung des gesammten Daseins der Freiheit der Verletzung eines bloß beschränkten Daseins derselben gegenüber steht. Sollte nun das letztere auf Kosten des ersteren erhalten werden, so wäre mit diesem auch der Grund jenes Daseins negirt, während umgekehrt durch die Anerkennung des Nothrechts die Rechtsfähigkeit überhaupt, sonach auch die Rechtsfähigkeit des in seinem Eigenthum Verletzten ihre Anerkennung erhält [1]).

Anm. — Das Wohl als Totalität der Zwecke des besondern Willens, in seine Spitze zusammengefaßt, ist das Leben. Andrerseits ist aber das Leben auch der Inbegriff der Rechte der Person, in seine Spitze zusammengefaßt. In ihm fällt also beides zusammen; es ist die Fähigkeit und der Träger von beidem. Deshalb kann sich in Kollision mit dem Leben kein andres, minder umfassendes Recht behaupten. Denn, geschähe dies, so wäre mit dem Leben die ganze Freiheit im Dasein negirt, mithin auch die Möglichkeit jenes beschränkteren Rechts. Da nun im Leben die ganze Persönlichkeit liegt, so kann nicht eine Seite der Persönlichkeit auf Kosten des Ganzen sich erhalten wollen, weil sie sich selbst dadurch ihr Fundament nehmen würde. Das Recht im Eigenthume des A muß daher zurücktreten gegen das Recht im Leben des B. Eben damit geschieht nun aber das Weitere, daß auch in dem Eigenthume des A nicht das Recht selbst, sein Fundament, sein Allgemeines, negirt wird. Vielmehr gerade in der Erhaltung der Persönlichkeit des B, also in der Erhaltung dessen, was die gesammte

---

1) Hegel §. 127. Michelet S. 159 ff. Wirth I. S. 109.

Rechtsfähigkeit ausmacht, liegt es, daß das Dasein des Rechts, wie in der Persönlichkeit überhaupt, so auch in ihren besondern Seiten (dem Eigenthum ꝛc.) ein Substantielles sei. Umgekehrt stellt sich die Sache auch so, daß nur das partikuläre Wohl des A dem Gesammtwohl, d. h. dem Dasein der Totalität des Rechts in der Persönlichkeit des B zum Opfer gebracht wird. Denn nur das bestimmte Eigenthum des A wird negirt, nicht das Allgemeine daran. Man kann daher andrerseits wieder sagen, daß das partikuläre Wohl und Interesse des besondern Willens nicht gegen das Recht sich behaupten dürfe, welches im Leben absolut verletzt wäre. — Hat aber das Leben, als Existenz der unendlichen Idee, einen unendlichen Werth und setzt deshalb alles Eigenthum als accidentell gegen sich, so folgt daraus, daß, wo Leben mit Leben kollidirt, keineswegs dieselbe Entscheidung gegeben werden, d. h. daß hier von einem Nothrechte nicht die Rede seyn kann.

Wie die Gesetze [1]), so beschränken sich auch die älteren Kriminalisten darauf, von einem Nothrecht nur im Falle der Kollision zwischen Leben und Eigenthum zu reden [2]). Und zwar berufen sie sich darauf, daß an sich jeder Mensch ein Recht auf gleiche Theilnahme an allen irdischen Gütern habe, und der Vertheilung des Eigenthums die stillschweigende Bedingung zu Grunde liege, daß man daran im Nothfalle nicht gebunden sei; oder auch darauf, daß der Mensch ursprünglich und wesentlich das Recht der Selbsterhaltung habe und daß

---

1) Cap. 3. X. de furt. (5. 18.) PGO. Art. 166. 175.

2) Böhmer Medd. ad Art. CCC. 166. §. 1. Vgl. Hugo Grot. de j. belli II. 2. §. 6 ff. und noch v. Zeiller in Wagners Zeitschr. 1825 I. S. 103—110.

daher im Nothfalle zu dem nothwendigen Zwecke auch das Recht auf die nothwendigen Mittel (fremdes Eigenthum) zustehen müsse. Diese im Wesentlichen richtige, wenn auch ungeschickt begründete Ansicht wurde jedoch von der kritischen Philosophie verlassen. 1) Kant[1]), freilich in starkem Widerspruch mit seiner Strafrechtstheorie, dagegen allerdings im Einklang mit seiner Grundansicht über das Recht, stellte die Behauptung auf: es könne keine Noth geben, welche das, was unrecht sei, gesetzmäßig machte. Kollidire aber Leben mit Leben, so sei der, welcher den Andern tödte, allerdings straflos, es könne kein Strafgesetz gegen ihn geben, denn die durch das Gesetz angedrohte Strafe könnte doch nicht größer seyn, als die des Verlusts des Lebens; nun könne ein solches Strafgesetz die beabsichtigte Wirkung gar nicht haben, denn die Bedrohung mit einem Uebel, das noch ungewiß sei, könne die Furcht vor einem gewissen Uebel nicht überwiegen. Begreiflich wurde diese Auffassung besonders von Feuerbach aufgegriffen, in dessen System sie ganz vorzüglich paßte. Die Bestimmung ward aber von ihm mehr und mehr verallgemeinert[2]), und zwar dahin, daß überhaupt Zwang, und besonders psychologischer Zwang, die Zurechnung aufhebe, sofern er das Bewußtsein des Strafgesetzes, und eben damit auch die Wirksamkeit desselben auf das Begehren aufhebe. Jedes in solchem Zustande begangene Verbrechen soll unzurechenbar seyn, sei nun die That im Zustande vorhandner Qualen (Folter, Hungersnoth rc.), denen gewöhnliche menschliche Standhaftigkeit nicht gewachsen sei, als einziges Mittel, die-

1) Metaph. Anfangsgr. der Rechtslehre. Einleitung S. 41. 42.
2) Lehrb. §. 91 (früher §. 89).

selben zu entfernen, oder bei gegenwärtiger dringender Gefahr für das Leben oder ein andres unersetzliches persönliches Gut als einziges Rettungsmittel verübt [1]). Auffallend ist, daß fast alle neueren Gesetzgebungen, obgleich sie die Tendenz zum Abschreckungsprincip nicht Wort haben wollen, doch im Wesentlichen diese Argumentation Feuerbachs aufgenommen haben, die doch eben nur auf das Abschreckungsprincip gebaut ist [2]). Freilich sind aber auch mehrere Schriftsteller in demselben Falle, die, obgleich sie einsehen, daß der psychische Zwang eine Willensbestimmung übrig läßt, gleichwohl die Unzurechenbarkeit der Handlung vertheidigen, weil eine Gesetzgebung, die zuviel Heroismus von ihren Bürgern fordre, auf keine Wirksamkeit rechnen dürfe [3]). Zunächst ist klar, daß von Unzurechenbarkeit hier gar keine Rede seyn kann, sondern nur von aufgehobener oder verminderter Strafbarkeit; denn nur die strenge Abschreckungstheorie kann in solchen Fällen ernstlich von mangelnder Freiheit sprechen, während Rossi, Henke rc. dies nicht zu thun wagen, ja sogar durch Zugeständniß von Strafen im Minimum, Strafen für culpa rc. die Unrechtmäßigkeit der Handlung geradezu anerkennen. Indem nun aber der wahre Fall des Nothstands mit dem falschen vermischt wird, so ist man in Gefahr, auch in jenem einen bloßen Strafmilderungs-, höchstens Strafaufhebungsgrund zu sehen, d. h. das Nothrecht ganz zu verwerfen. Man muß daher die

1) Denselben Grund braucht unter andern, ziemlich vagen, Argumenten auch Rossi II. S. 212—225, nicht im Einklang mit seinen sonstigen Grundsätzen.

2) Mittermaier n. 2. zu Feuerbach §. 91.

3) Mittermaier über den neuesten Zustand S. 181. Henke I. S. 335—338. Martin §. 40. n. 4. Heffter §. 40.

Fälle wohl auseinanderhalten, Kollision des Lebens mit einem beschränkteren Recht, und Kollision von Leben und Leben. Nur in jenem findet ein Nothrecht statt; in diesem kann weder von Rechtmäßigkeit, noch von Unzurechenbarkeit der Handlung die Rede seyn. — Es hat daher auch 2) Fichte[1]) einen andern Weg eingeschlagen, indem er behauptet, in allen solchen Kollisionsfällen (worunter aber wohl nur die falschen Nothstandsfälle gemeint seyn können) sei das Rechtsverhältniß überall aufgehoben, das wesentlich auf die Möglichkeit der Koexistenz berechnet sei. Natürlich fällt aber diese Deduktion mit ihrer Grundlage. Sobald das Recht als ein Substantielles, nicht erst durch die Selbstbeschränkung koexistirender freier Individuen Producirtes erkannt wird, so kann das gedachte Argument nicht mehr gebraucht werden. — Während nun beide angef. Deduktionen sich scharfsinnig auf rechtliche Momente stützen, so ist es dagegen ein vages politisches Raisonnement, wenn die Straflosigkeit des Verbrechens in Nothfällen aus der geringen Gefahr[2]) abgeleitet wird, die dadurch für die bürgerliche Gesellschaft hervorgehe. Indessen neigt sich diese Ansicht doch insoferne zum richtigen Resultat, als sie eher dazu führt, in dem psychischen Zwange einen bloßen Strafmilderungsgrund zu sehen. Letzteres darf auch wohl unbedenklich zugegeben werden (s. unten). Unter eine ganz andre Kategorie gehört dagegen das im §. deducirte Nothrecht, welches in seiner richtigen

---

1) Grundlage des Naturrechts, II. S. 85 ff. vgl. Gros Naturrecht, §. 40. Grolman § 23. Schröter I. S. 145. 146. Wächter I. S. 95.

2) Carmignani II. S. 230. Auch Rossi a. a. O. bringt dies Argument bei.

Begrenzung anerkannt ist von Abegg[1]), nur daß die von diesem beigegebene allgemeine Erörterung über ein höheres Gesetz, das hier den Handelnden in Schutz nehme, und unter dessen Kategorie denn auch die (gar nicht hierher gehörige) Nothwehr fallen soll, theils überflüssig, theils unbestimmt ist[2]). —

Ein unter den §. gehöriger Fall ist noch insbesondere die Tödtung eines Kindes im Mutterleibe durch den Arzt mittelst Perforation, wenn sie zur Rettung des Lebens der Mutter nöthig war. Martin[3]), erklärt hier den Arzt deshalb für straflos, weil die Mutter sich im Nothstande befinde. Dagegen macht Wächter[4]) zwei Einwendungen: a) der Nothstand der Mutter würde nur dieser selbst, nicht aber einem Dritten (dem Arzt) ein Recht verleihen, b) die Deduktion der Straflosigkeit im Nothstande, wie sie bei M. vorkomme, führe gar nicht auf dies Resultat. Ohne Zweifel hat Wächter mit der letzteren Bemerkung vollkommen Recht, nicht so sehr aber, wie sogleich gezeigt werden wird, mit der ersteren. Er selbst sagt, wenn ein solcher Kollisionsfall eintrete, müsse man eben das Kind nicht als ein für sich bestehendes, getrenntes Rechtssubjekt, sondern als pars ventris (wie z. B. einen zu amputirenden Arm) behandeln; auch dürfte dies wohl die Ueberzeugung jedes Geburtshelfers und jedes Ehemanns seyn. — Ganz abzuweisen ist wohl die Argumentation v. Zeillers[5]), welcher meinte, daß die

1) Lehrbuch §. 107. 108. Ders. Untersuch. S. 107 ff. 180 ff. 279 ff. 340 ff. vgl. Oersted N. Arch. V. S. 345 ff.

2) Darin ist ihm Marezoll S. 67 gefolgt.

3) Lehrb. §. 115. n. 4.

4) Lehrb. II. S. 120. 121.

5) In Wagners Zeitschr. 1825. II. S. 211—218.

Mutter sich hier im Stande der Nothwehr befinde, und insbesondere den Einwurf bekämpft, daß sich die Mutter durch den Akt der Zeugung selbst in diesen Zustand versetzt habe [1]). Was nun die beiden erstern Ansichten betrifft, so haben beide Recht und Unrecht. Martin hat, wie schon zugegeben, Unrecht in der Deduktion der Straflosigkeit der Handlungen im Nothstand. Wächter hat Unrecht, indem er das Recht, einem Dritten, der sich im Nothstand befindet, beizuspringen, nicht zugeben will. Der Grund des Nothrechts ist nämlich ein allgemeiner, von dem sich nicht einsehen läßt, warum er nicht auch einen Dritten zum Wohle des im Nothstand befindlichen berechtigen sollte. Wenn Michelet [2]) sagt: der Handelnde dürfe nur das Dasein seiner eigenen Persönlichkeit auf Kosten fremden Eigenthums erhalten, so ist für diese Beschränkung so wenig ein Grund angegeben, als für die Erweiterung des Rechts auf den Fall, daß Weib und Kind sich im Nothstand befinden. Diese Erweiterung in Beziehung auf das Familienband findet sich auch in neueren Gesetzgebungen [3]), und bei diesen liegt der Grund dafür, daß eben nur diese Erweiterung beliebt wird, ohne Zweifel darin, daß das Nothrecht unrichtiger Weise auch für den Fall der Kollision von Leben und Leben eingeräumt wird, wo es denn freilich bedenklich wäre, das Nothrecht auch jedem Dritten im Namen des im Nothstande Befindlichen zuzugestehen. Der Grund zu dieser Besorgniß fällt aber weg, wenn das Nothrecht

1) s. Jenull ebend. 1826. I. S. 313 ff.

2) A. a. O. S. 160. vgl. Wächter I. S. 96 unter 2) und die dort Angef., s. auch Oersted Abh. II. S. 204. Mittermaier n. 3 zu Feuerbach §. 91.

3) Z. B. Wirt. Gb. Art. 101. Bad. Entw. Art. 77.

richtig auf den Fall beschränkt wird, wo das Leben mit einem beschränkteren Dasein der Freiheit kollidirt. In der That wäre denn hier auch die von den gedachten Gesetzgebungen zugelassene schmale Erweiterung des Rechts auf die nächsten Angehörigen rc. von geringem Gewinn für den im Nothstand Befindlichen, z. B. für den, der in Gefahr des Ertrinkens ist und dessen Rettung durch Dritte nicht ohne Eingriff in fremdes Eigenthum sich bewerkstelligen läßt. Vorausgesetzt mithin, daß in der Perforationsfrage von einem Nothstande der Mutter wirklich mit Recht gesprochen werden könne, wird Martin in der Sache Recht haben, wenn er die Ausübung des Nothrechts auch dem Arzte gestattet. Daß nun die Mutter sich im Nothstande befinde, das scheint Wächter nicht zu bezweifeln; weil aber gegenüber der Persönlichkeit der Mutter die Persönlichkeit des Kindes steht, die doch in mehreren Beziehungen, insbesondere durch die Verpönung des Verbrechens der Embryoktonie, von den Gesetzen anerkannt wird, so sucht er sich dadurch zu helfen, daß er eben in dem vorausgesetzten Kollisionsfalle diese Persönlichkeit des Kindes nicht respektirt, vielmehr dasselbe als pars viscerum der Mutter angesehen wissen will. Daß hierin etwas Wahres liege, wird sogleich erhellen; gleichwohl aber wird die Bestimmung von Wächter, wie sie vorliegt, als ein Machtspruch abzuweisen seyn. Sehr richtig sagt Jenull, daß die Rechtfertigung der Perforation bei den Prämissen, wovon man dabei gewöhnlich ausgehe, stets mißlingen müsse; wenn nämlich Mutter und Leibesfrucht sich mit gleicher Persönlichkeit gegenüber ständen, so könnte von einem Nothrechte gar nie die Rede seyn. Nun scheint aber nach dem §. bei der Perforationsfrage zunächst der Fall des Nothstands nicht gegeben zu seyn,

sofern hier allerdings Leben mit Leben kollidirt, und wir scheinen uns durch unsre Voraussetzungen gerade erst die Sache erschwert zu haben. Allein dies scheint auch nur. Denn, betrachtet man den Fall genauer, so wird man finden, daß in demselben ein ganz ähnliches Verhältniß stattfindet, wie bei der Kollision zwischen Leben und Eigenthum. Das Leben der Mutter erscheint nämlich als wirkliches Leben, und ihm gegenüber das des Embryo als ein bloß mögliches, oder, wie Jenull sagt, beim Embryo sind die Bedingungen des Erscheinungsverhältnisses der Person, wornach sie nicht als Inhärenz, sondern nur als moralische Substanz zu denken ist, noch nicht vollkommen vorhanden; nun sind wir zwar in der Idee genöthigt, in der Leibesfrucht vom Augenblicke der Zeugung an ein Wesen mit Persönlichkeit anzunehmen und müssen sie aus sittlichen Gründen „als Person achten, — insoweit als dies geschehen kann, ohne dadurch das menschliche Einzelwesen, das als solches in das Erscheinungsverhältniß der juridischen Persönlichkeit mit der Geburt eingetreten ist, in seinen natürlich begründeten Rechten zu verletzen." Daraus folgert Jenull ganz mit Recht, daß einerseits die Gesetzgebungen mit gutem Fug das menschliche Leben erst vom Augenblicke der Geburt an berechnen, daß sie Rechtsübertragungen durch die Leibesfrucht nicht annehmen und daß sie selbst die Embryoktonie dem Morde keineswegs gleichstellen, daß sie aber andrerseits ebensosehr Recht haben, im Fall der Perforationsfrage den Embryo der Mutter nicht als gleichberechtigte Persönlichkeit gegenüberzustellen, weil „sie sonst eine Kollision erschaffen würden, die in der Natur der Sache nicht gegründet ist [1])." Hiernach muß denn allerdings mit Martin

1) Jenull a. a. O. S. 315—320.

das Princip des Nothrechts angewendet, und es muß mit Wächter der Embryo der Mutter als minder berechtigt gegenübergestellt werden. Aber es wird die Idee des Nothrechts anders aufgefaßt, als bei Martin, und zugleich wird die Unschicklichkeit vermieden, eine werdende Persönlichkeit einem zu amputirenden Arme gleichzusetzen. Jedenfalls aber bleibt es dabei, daß ein Nothrecht überall nicht gedacht werden kann, wo gleiche Rechte kollidiren, sondern nur, wo ein stärkeres Recht mit einem schwächeren kollidirt. Im ersteren Falle kann von einer Rechtfertigung der aus sogenanntem psychischem Zwange begangenen widerrechtlichen Handlung niemals die Rede seyn, wenn auch allerdings in solchem Zwange ein sehr bedeutender Milderungsgrund gefunden werden mag.

§. 155.

Mit den gedachten Momenten ist nun aber die kriminalistische Beziehung des Willens auf andere besondere Willen erschöpft. Die positiven Bestimmungen über diese Seite an der menschlichen Handlung, d. h. über den Zweck derselben und ihre Beziehung auf eigenes und fremdes Wohl, gehören der Moral an, nicht dem Rechte, welches sich vielmehr gegen die subjektiven Absichten des Handelnden negativ verhält. Allein gerade in dem Momente des Nothfalls offenbart sich nun die Endlichkeit des Gegensatzes zwischendem formellen Rechte (als der abstrakten Allgemeinheit des Willens) auf der einen, und dem Wohle (als der abstrakten Besonderheit des Willens) auf der andern Seite. Es zeigt sich einerseits, daß das Recht nur eben am besondern Willen seine Existenz haben kann, da es nur die Form des Handelns ist, die nur in den Zwecken des besonderen Willens den sie erfüllenden Inhalt findet, — andrerseits, daß die Totalität der Besonderheit des Willens mit dem Fundamente der Erscheinung

des Rechtsbegriffs, der Persönlichkeit koincidirt. Hiemit ist aber an die Stelle des bloßen Gegensatzes und negativen Verhaltens beider Momente gegeneinander bereits die positive Beziehung beider aufeinander gesetzt, d. h. es zeigt sich a) das Recht als das, was der besondere Wille als Inhalt seiner Handlung setzen soll, b) der besondre Wille dagegen als die Fähigkeit, **dieses Allgemeine zu wissen** und sich frei dazu zu bestimmen, d. h. als das rechtliche Gewissen.

III. Allgemeine Zurechnung.

§. 156.

Die Idee des Rechts ist die vermittelte Einheit des bloß formellen Rechts mit dem Wohle, welche darin als bloße Momente aufgehoben sind. Einerseits nämlich entwickelt sich aus dem Begriffe des abstrakten Rechts selbst die Nothwendigkeit, daß es sich als das Wohl des Individuums setze und für dasselbe zum Mittel werde; andrerseits erfährt der Begriff des Wohls in seiner dialektischen Durchführung die Wahrheit, daß er als Einzelwohl sich nicht realisiren könne, vielmehr ein System des allgemeinen Wohls setzen, d. h. sich zu einer rechtlichen Angelegenheit machen, das Wesen des Rechts an sich setzen müsse. Erst in dieser Vermittlung beider Momente wird das Recht wirkliches Recht, oder Rechtsidee, d. h. inhaltsvolle Einheit der Allgemeinheit und der Besonderheit des Willens in der objektiven Sphäre. In dieser Idee ist mithin weder das Recht mehr ohne das Wohl, noch das Wohl ohne das Recht, und nur die Einheit beider hat Geltung als absolutes Recht.

Anm. — Was Hegel §. 129. 130 vom Guten behauptet, das kann hier nur vom Rechte in der hier angegebenen Bedeutung gesagt werden. Denn die Rechtswissenschaft hat es mit dem Guten sowenig zu thun, als mit dem Schönen. Abgesehen aber von der ungehörigen

Bestimmung der Willensallgemeinheit, wie sie hier bei Hegel eintritt, ist das Meiste, was er in dem betreffenden Kapitel vorbringt, durchaus hierher anwendbar. Die im §en angegebenen Bestimmungen müssen nun freilich ihre nähere Deduktion in einem Systeme der Rechtsphilosophie überhaupt erhalten, wovon hier nur die Resultate vorausgesetzt werden können. Indessen darf bei dem gegenwärtigen Stande der politischen Bildung und der Sphäre, in welcher sich alle interessanteren Diskussionen bewegen, vorläufig erwartet werden, daß eine Ansicht von Recht und Staat Anklang finden werde, welche einerseits den unfruchtbaren Formalismus des abstrakten Rechtsbegriffs, der sich in dem deutschen Naturrecht so lange Zeit breit gemacht hat, in seiner Impotenz erkennt, andrerseits aber die in der neuesten Philosophie übermüthig gewordene Staatsidee in ihre Gränzen zurückzuweisen und eben dadurch die specifische Bestimmung des Staats, ebenso der Organismus des persönlichen Wohls, wie des Rechts zu seyn, um so schärfer hervorzustellen sich bestrebt.

§. 157.

Zu dieser Idee des Rechts nun steht der besondere Wille in dem Verhältnisse, daß er dieselbe zum Inhalte seines Handelns machen soll, und in diesem — zunächst moralischen — Verhältnisse bestimmt sich die unendliche Freiheit des Subjekts als rechtliches Gewissen. Das Recht erscheint in sofern als das Wesentliche des subjektiven Willens, welches in sich aufzunehmen, dieser schlechthin verpflichtet ist. Dagegen macht aber der subjektive Wille vermöge seiner unendlichen Freiheit das Recht geltend, seine Handlung sich nur nach seinem Wissen über den objektiven Werth derselben zurechnen zu lassen. Obgleich nun die Rechtsverbindlichkeit einen

wesentlich andern Charakter, als die moralische Pflicht, nämlich nicht bloß des Sollens, sondern den des Müssens hat, so entsteht gleichwohl die Frage, ob nicht dem Subjekte Unrecht geschehe, wenn seine Handlung nach ihrem objektiven Werthe beurtheilt wird, während es ihr in seinem rechtlichen Gewissen den entgegengesetzten Charakter beigelegt hatte?

§. 158.

Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Denn das wahrhaft rechtliche Gewissen kann über das, was an sich Recht oder Unrecht ist, nicht irren, sobald nur das Subjekt an sich zurechnungsfähig ist. Es ist eben das Wesen des Verbrechens, daß der besondere Wille sich gegen den allgemeinen setzt und sein besonderes Wissen und Wollen für mehr berechtigt hält und ausgiebt, als den substantiellen Willen, der in jedem Zurechnungsfähigen potentiell vorhanden ist. Dieser substantielle Wille ist aber derselbe in allen seinen Formen. Der objektiv sittliche Wille ist seinem Wesen nach kein anderer, als der subjektivsittliche, religiössittliche ꝛc. Das Subjekt kann daher eine verbrecherische Handlung niemals damit entschuldigen, daß es dieselbe nach seinem Gewissen, seiner Religion ꝛc. für erlaubt oder gar geboten gehalten habe. Denn dieses Gewissen ist nur das formelle Gewissen des Subjekts, dessen Schuld er ist, das substantielle Wissen, das der Potenz nach in ihm lag, in sich nicht aktualisirt und demselben vielmehr sein eigenes verschrobenes Meinen vorgezogen zu haben [1]).

Anm. — Sowenig die Stellung, welche Hegel dem Gewissen überhaupt giebt, gebilligt werden kann, so richtig ist doch seine Unterscheidung zwischen dem

---

1) Hegel, §. 132. Anm. 137—140.

wahrhaften und dem bloß formellen Gewissen, welches nur ein Schein-Gewissen ist, indem sich das Gefühl der Substantialität des Wollens, welches den Inhalt des wahren Gewissens ausmacht, in ihm nicht vorfindet, an seine Stelle vielmehr ein Produkt des eitlen subjektiven Meinens tritt. Welche Gestalten des Bösen aus der Aufspreizung dieses formellen Gewissens nicht nur im Jesuitismus von jeher hervorgegangen sind, sondern auch ausser dem Bereiche desselben noch heut zu Tage nur zu oft hervorgehen, das hat Hegel in der Anm. zu §. 140 vortrefflich geschildert. Wie interessant diese Erörterungen, z. B. die über die Heuchelei und den Probabilismus für den Kriminalisten werden können, das beweist unter andern das von Feuerbach[1]) mitgetheilte Beispiel des Priesters Riembauer. Besonders wichtig ist aber die unter d) aufgeführte Form des Bösen, wornach das einzige Erforderniß zur Sittlichkeit einer Handlung das seyn soll, daß sie in guter Absicht unternommen wird. „Diebstahl, Feigheit, Mord, u. s. f. haben als Handlungen, d. i. überhaupt als von einem subjektiven Willen vollbracht, unmittelbar die Bestimmung, die Befriedigung eines solchen Willens, hiemit ein Positives zu seyn; und um die Handlung zu einer guten zu machen, kommt es nur darauf an, diese positive Seite als meine Absicht bei derselben zu wissen; und diese Seite ist für die Bestimmung der Handlung, daß sie gut ist, die wesentliche, darum, weil ich sie als das Gute in meiner Absicht weiß. Diebstahl, um den Armen Gutes zu thun, — Diebstahl, Entlaufen aus der Schlacht um der Pflicht willen, für sein Leben, für

1) Aktenm. Darstellg. II. S. 43—122.

seine (vielleicht auch dazu arme) Familie zu sorgen, — Mord aus Haß und Rache, d. i., um das Selbstgefühl seines Rechts, des Rechts überhaupt, und das Gefühl der Schlechtigkeit des Andern, seines Unrechts gegen mich oder gegen Andre, gegen die Welt oder das Volk überhaupt, durch die Vertilgung dieses schlechten Menschen, der das Schlechte selbst in sich hat, womit zum Zwecke der Ausrottung des Schlechten wenigstens ein Beitrag geliefert wird [1]), zu befriedigen, — sind auf diese Weise, um der positiven Seite ihres Inhalts willen, zur guten Absicht und damit zur guten Handlung gemacht. Es reicht eine höchst geringe Verstandesbildung dazu hin, um für jede Handlung eine positive Seite und damit einen guten Grund und Absicht zu finden." Auf diese Form des Bösen hat der Kriminalist um so mehr achtsam zu seyn, als sich das Publikum aus Mitleid, aus Ungunst gegen die Justiz, aus Eitelkeit, die Sache besser zu verstehen, und aus sonstigen Gründen sehr gern an solche Vorspiegelungen hält und sich zum Advokaten der Missethäter aufwirft, weil sie ja doch nicht das Böse um des Bösen willen, sondern irgend etwas Gutes gewollt haben. Weniger allgemein anwendbar, aber nicht minder triftig sind die Bemerkungen über die weitere Form des Bösen, wornach die sittliche Natur einer Handlung nur durch die subjektive Ueberzeugung davon bestimmt werden soll. Für den Kriminalisten ist es besonders gesagt, wenn Hegel hier bemerkt. „Es ergiebt sich übrigens nach

1) Vgl. Hitzig Annalen VI. S. 62—154. 320—378. VII. S. 60—160.

diesem Princip der Berechtigung aus dem Grunde der Ueberzeugung die Konsequenz für die Handlungsweise Anderer gegen mein Handeln, daß, indem sie nach ihrem Glauben und Ueberzeugung meine Handlungen für Verbrechen halten, sie ganz recht daran thun; eine Konsequenz, bei der ich nicht nur nichts zum Voraus behalte, sondern im Gegentheile nur von dem Standpunkte der Freiheit und Ehre in das Verhältniß der Unfreiheit und Unehre herabgesetzt bin, nämlich in der Gerechtigkeit, welche an sich auch das Meinige ist, nur eine fremde subjektive Ueberzeugung zu erfahren, und in ihrer Ausübung mich nur von einer äusseren Gewalt behandelt zu meinen." — Die Bestimmung des §en findet sich mit Recht in den neueren Gesetzgebungen ausdrücklich aufgestellt [1]. Als bezeichnendes Beispiel schauerlicher Verbrechen aus religiösem Fanatismus kann die Kreuzigungsgeschichte in Wildenspuch dienen (s. Meyer Schwärmerische Gräuelscenen ꝛc. Zürich 1824. Hitzigs Annalen III. S. 62 ff.) [2].

§. 159.

Nicht nur aber die Rechtfertigung der dem Rechte positiv entgegengesetzten Handlung aus dem formellen Gewissen des Subjekts ist ohne Bedeutung, sondern auch die einfache Berufung auf Rechtsunwissenheit oder Rechtsirrthum kann nicht entschuldigen. Doch ist zu bemerken, daß dies nur von wirklichen Verbrechen, nicht aber von bloßen Polizeiübertretungen gilt. Denn, wodurch das Recht als Recht verletzt wird, das ist etwas, worüber sich kein Zurechnungs-

---

1) S. Bair. Gb. Art. 39. Wirt. Gb. Art. 55. Anm. zum bair. Gb. I. S. 141. Hufnagel Kom. I. S. 103.

2) S. Rossi II. S. 208—210. Jenull I. S. 104.

fähiger irren kann, was er daher nicht erst durch eine besondre Eröffnung des Staates an ihn zu lernen braucht, während umgekehrt die an sich nicht unrechtlichen Handlungen, welche als reale Möglichkeit des Unrechts von Seiten des Staats verboten werden, eine ausdrückliche Kundmachung voraussetzen, damit durch Begehung derselben Schuld begründet werde. Beiderlei Arten von Vergehen müssen daher wohl auseinandergehalten werden. Bei den Verbrechen kann die Berufung auf Unwissenheit oder Irrthum über den allgemeinen Charakter der Handlung überall keine Wirkung haben, nicht einmal die, daß bloßes Versehen angenommen würde. Denn diese Handlungen haben ihre allgemeine Qualität an und für sich, sie erhalten dieselbe nicht erst durch den zufällig damit verknüpften Umstand des positiven Verbots, dessen Nichtwissen als ein bloße culpa begründender Irrthum erscheinen könnte. Wer sie mit Absicht begeht, der kann nur doloser Verbrecher seyn, weil in dem Gewissen eines jeden Zurechnungsfähigen das Wissen um die Substanz des Wollens der Potenz nach liegt und deshalb hier nie von einem bloßen Irrthum die Rede seyn kann. Dagegen werden die Polizeiübertretungen erst durch das Verbot des Staats zu Vergehen gestempelt, und dieser Umstand, als ein an sich zufälliger, ist ein solcher, dessen Nichtwissen als ein wesentlicher, das bloße Versehen oder gänzliche Schuldlosigkeit begründender, Irrthum gelten muß. Da solche Handlungen an sich nicht verbrecherisch sind, so ist auch die Absicht, dieselben zu begehen, an sich nicht dolus; vielmehr entsteht dieser erst durch den Entschluß, das dem Handelnden bekannte Verbot zu übertreten. Eben dieser Entschluß wird aber praktisch der seltenere Fall oder wenigstens schwer erweislich seyn, dagegen schuldhafte Unwissenheit des Verbots um so häufiger vorkommen. Sofern nun derlei Handlungen überhaupt keine große Strafe verdienen, so wird es sich rechtfertigen,

wenn bei ihnen zwischen dolus und culpa nicht unterschieden, dagegen allerdings die völlig unverschuldete Unkunde des Verbots von aller Verantwortlichkeit ausgenommen wird [1]).

Anm. — Der bekannte Streit über das Verhältniß der Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts zu der vorliegenden Frage [2]), kann hier um so mehr dahingestellt bleiben, als eine gründliche Entscheidung dieser Frage wesentlich die Entwicklung des modernen Staatsbewußtseins, insonderheit des Unterschieds zwischen der Rechtspflege und der Polizei voraussetzt, — eines Unterschieds, den man im römischen Rechte und in der Karolina vergebens in seinem prägnanten Ausdrucke wird suchen wollen. Gleichwohl dürfte sich bei genauerer Untersuchung ergeben, daß das Ergebniß jener Quellenforschung von dem Resultate der im §en angestellten Betrachtung in den wesentlichen Grundzügen keineswegs so sehr abweicht, und daß die Verwirrung in dieser Lehre sich vornämlich nur von den einseitigen Behauptungen der berühmten Anhänger der kritischen Philosophie herschreibt. — Das römische Recht unterscheidet zwischen delicta juris naturalis oder gentium und delicta juris civilis; zugleich spricht es die Voraussetzung aus, daß jeder Bürger die Verbindlichkeit habe, von den Gesetzen Kunde zu nehmen, und daß die bloße Berufung auf Gesetzesunwissenheit oder Irrthum nichts nützen könne. Nur die Unmöglichkeit, irgend Rechtsbelehrung zu erhalten, aber wie Wächter [3]) richtig bemerkt — wohl nur bei an sich nicht rechtsverletzenden, vom Ge-

1) Michelet S. 49. 79. Jarke in Hitzigs Zeitschr. III. S. 100 ff.

2) Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 57. Besonders Heffter N. Arch. S. 130 ff. 253 ff.

3) Lehrbuch I. S. 120. 121.

setze verbotenen Handlungen, und immer nur ausnahmsweise, — sowie der Fall, wenn ein Polizeigesetz ausdrücklich wissentliche Uebertretung fordert, bilden allgemeine Ausnahmen, woneben noch specielle Ausnahmen für Frauen, Minderjährige und rustici vorkommen. Nur fragt sich, ob das römische Recht wie Roßhirt behauptet [1]), den Unterschied von delicta juris gentium und juris civilis bei allen Verbrechen zur Anwendung gebracht und nur bei den lezteren den Rechtsirrthum milder betrachtet, oder ob es mit jenem Unterschiede mehr nur, wie Birnbaum meint [2]), eine philosophische Ansicht ausgesprochen, dagegen die Entschuldigung wegen Rechtsunwissenheit oder Irrthum auch bei delicta juris gentium nicht schlechthin ausgeschlossen habe? — Am einfachsten würde der Streit entschieden, wenn Luden [3]) Recht hätte, der diesen Unterschied geradezu für indifferent erklärt und behauptet, daß das römische Recht überall, selbst bei delicta juris civilis, und zwar bei allen Personen, keine schuldlose Rechtsunkenntniß annehme. Gegen diese Ansicht spricht jedoch vor Allem ihre Unwahrscheinlichkeit. Mag man nämlich auch immerhin mit Birnbaum, dem hier Luden folgt, annehmen, daß die Römer mit der Unter-

---

1) N. Archiv IX. S. 490 ff. XII. S. 53 ff. vgl. Feuerbach §. 86. n. a.

2) N. Archiv XI. S. 101 ff. 1836. S. 560 ff. vgl. Heffter §. 55. Marezoll S. 81. not. 1.

3) Handbuch §. 33 n. 7 u. §. 35 n. 5. §. 44 n. 2. vgl. §. 17. In den citt. Stellen hält sich freilich Luden von Widersprüchen nicht frei. Denn, während er §. 35. n. 5. die Ausnahmen für Frauen u. Minderjährige noch einräumt, sucht er §. 44. n. 2 auch diese wegzubringen, indem er offenbar die Bemerkung von Wächter I. S. 121. 2ter Abs. zu sehr generalisirt.

scheidung von delicta juris gentium und juris civilis mehr nur eine Art philosophischer Bemerkung über die Verwerflichkeit der verschiedenen strafbaren Handlungen haben machen wollen, so folgt daraus doch noch keineswegs, daß der Unterschied ganz unpraktisch wäre [1]). Verstanden sie unter ersteren unnatürliche, der menschlichen Natur widerstrebende Verbrechen, über welche daher auch meist ein übereinstimmendes jus gentium, wenn auch nicht überall in derselben Ausdehnung, sich gebildet hat, unter den lezteren dagegen Vergehungen wider eigenthümliche Institutionen einzelner Staaten, so mußten sie nothwendig bei ersteren weniger, als bei lezteren, eine Berufung auf Rechtsunkenntniß als entschuldigend annehmen. Allerdings setzen die erstern Delikte, um strafbar zu seyn, ebensowohl eine Strafsanktion voraus, wie die lezteren. Allerdings ferner sind auch die lezteren bei einem gegebenen Volke nur deshalb als verwerflich anerkannt, weil die Volksansicht dafür spricht. Allein diese beiden Argumente von Luden vermögen doch nicht den bedeutenden Unterschied auszulöschen, der zwischen beiderlei Arten von Delikten besteht. Man mag immerhin zugeben, daß der dem modernen Staat angehörige Unterschied von Verbrechen und Polizeiübertretung dem römischen Rechte fremd gewesen sei; immer wird man doch in der fraglichen Unterscheidung der römischen Rechtsgelehrten etwas damit Analoges finden müssen [2]). So gewiß auch delicta j. nat. zur Strafbarkeit eine positive Strafsanktion (wenn auch nur als gewohnheitsrechtliche Norm) erfordern und so gewiß Luden Recht hat, wenn er gegen

1) Heffter §. 30 n. 1.
2) Heffter §. 55.

Feuerbach [1]) behauptet, die Nichtberücksichtigung der Berufung auf Rechtsunkenntniß habe ihren Grund nicht darin, daß von jeder mit Verstand begabten Person Bekanntschaft mit den Strafgesetzen angenommen werden müsse, sondern darin, daß auch bei wirklicher Unbekanntschaft verbrecherische Willensstimmung vorhanden sei, — so hätte doch gerade durch diese Bemerkungen Luden auf das Richtige geführt werden sollen. Feuerbachs Grund wäre ja eben der geeignete, um den Unterschied zwischen del. jur. nat. und jur. civilis für indifferent zu erklären, während umgekehrt Ludens Gegengrund gerade auf die den Polizeivergehen analogen delicta juris civilis ganz und gar nicht paßt. Denn diese erhalten ihren verbrecherischen Charakter eben erst durch die positive Satzung; von ihnen kann daher eben das nicht gesagt werden, was von den delicta jur. nat. gesagt wird, daß sie etiamsi lex non esset, magnopere vitanda wären. Wenn nun ohne Zweifel unter die del. jur. civ. insbesondre auch das gerechnet wurde, was jetzt unter die richtig verstandene Kategorie der Polizeiübertretung gestellt wird, so müßte man es geradezu grausam finden, wenn das römische Recht bei ihnen gerade ebenso, wie bei den probra natura turpia, selbst bei gänzlicher Rechtsunkenntniß auf die gleiche Weise Schuld und Strafbarkeit angenommen hätten. Um diese rigorose Behauptung zu unterstützen, bemüht sich Luden, die Stellen, welche man gewöhnlich für das Privilegium der Rechtsunwissenheit anführt [2]), so zu erklären, daß es sich hier nicht von einem Rechtsirrthum in Beziehung auf die begangene strafbare Hand-

1) §. 86. Art. a. Luden a. a. O. §. 33. not. 7.
2) Wächter I. S. 120. 121. Luden §. 35 not. 5. §. 44. not. 2.

lung selbst, sondern nur von der Unkenntniß entweder faktischer Umstände oder anderweitiger Rechtssätze, durch deren Nichtwissen der dolus in Beziehung auf die bestimmte Handlung ausgeschlossen werde, handle. So richtig nun aber auch die hier in Bezug genommene Bemerkung Wächters ist und so sehr man anerkennen mag, daß die gedachte Interpretation Ludens wenigstens theilweise wohl begründet sei (keineswegs aber überall), so wagt doch Luden selbst nicht, alle Ausnahmen direkt abzuläugnen, und noch mehrere müssen als durch seinen Angriff in Wahrheit nicht erschüttert anerkannt bleiben. Man wird daher allerdings den in der Doktrin hergebrachten römischen Unterschied beibehalten, übrigens aber im Zweifel darüber bleiben müssen, ob die jedenfalls nur exceptionell gestellte Straflosigkeit des Rechtsirrthums bloß auf die del. jur. civ. beschränkt oder auch bei der andern Art von Delikten zugelassen worden sei?

Sehen wir nun aber auf den modernen Staat, so muß die jedenfalls vage römische Unterscheidung verworfen und die bestimmtere von Verbrechen und Polizeiübertretung an ihre Stelle gesetzt werden [1]). Dies ist nun zwar von den neueren Gesetzgebungen noch nicht geschehen, vielmehr bewegt man sich sichtlich in dieser Lehre noch in Unklarheit herum. Allein diese wird verschwinden, sobald man sich ihren Grund zum Bewußtsein bringt, der wieder in dem bloß halben Abfall von der Ansicht der kritischen Philosophie liegt. Zwar gieng

1) Umgekehrt meint Hepp über Zurechnung, S. 25, man sollte auch jetzt noch die römische Distinktion anwenden, vgl. aber auch Bauer Anm. zum Hann. Entw. II. S. 50.

Feuerbach schon zuerst [1]) nicht so weit, als er konsequenter Weise hätte gehen müssen, indem er den Rechtsirrthum nur bei Nichtkenntniß des einzelnen ausdrücklichen gesetzlichen Verbots als entschuldigend annimmt, nicht aber auch bei Nichtkenntniß der Art und Größe der angedrohten Strafe, worauf es von Unterholzner mit Recht ausgedehnt wurde (denn, wenn der Mensch nur gestraft wird, weil er sich nicht hat abschrecken lassen, so mußte er auch das abschreckende Gesetz vollständig gekannt haben). Aber freilich gieng Feuerbach, da er die praktische Unbrauchbarkeit der vollen Konsequenz seiner Lehre wohl fühlte, sogar noch weiter, und stellte eine Präsumtion auf, daß jeder mit Verstand Begabte das Gesetz habe kennen müssen [2]). Dadurch rettete er formell die Konsequenz wieder, wornach in seinem System der dolus das Bewußtsein des positiven Verbotenseins der Handlung als nothwendiges Requisit in sich schließt. Nachdem nun späterhin von Andern die Feuerbachische praesumtio doli, sowie das Abschreckungsprincip überhaupt, verworfen wurde, so wäre vor Allem zu erwarten gewesen, daß man auch davon abgekommen wäre, das Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit als nothwendiges Requisit des dolus zu fordern; denn, wenn man die richtige Einsicht gewann, daß das Wesen des Verbrechens oder der wahre Grund seiner Strafbarkeit nicht in der Uebertretung des verbietenden Gesetzes, sondern in dem Thun des Ansichunrechten und folgeweise vom Gesetze Verbotenen liege, so war die Beibehaltung jenes Feuerbachischen

---

1) Revision II. S. 42—44. 67 not. * vgl. Kleinschrod Syst. Entw. I. §. 15. 135 ff.

2) Lehrbuch §. 86. Oersted Grundregeln S. 270—278.

Requisits des dolus die sonderbarste Inkonsequenz [1]). Jedenfalls hätte man wenigstens nur Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern sollen. Allein selbst diese Forderung enthält etwas Schiefes, sobald man ihr den Sinn unterlegt, daß der Richter dem Verbrecher die Existenz dieses Bewußtseins bei ihm beweisen müsse. Denn diese muß allerdings präsumirt werden, während die Zurechnungsfähigkeit und der dolus nicht präsumirt werden dürfen. Die Sache ist einfach die: Wenn der Verdacht eines dolosen Verbrechens vorliegt, so muß der Beweis erbracht werden, daß der Verdächtige überhaupt mit Freiheit, und insbesondere mit Absicht gehandelt habe. Ist aber dieser Beweis geliefert, so braucht nun nicht noch weiter bewiesen zu werden, daß der Verbrecher die Rechtswidrigkeit seiner Handlung gekannt habe. Denn sobald es sich nur von wirklichen Verbrechen, nicht von bloßen Polizeiübertretungen handelt, so versteht sich jenes von selbst, weil kein Zurechnungsfähiger sich über den substantiellen Charakter der Handlung irren kann, und jedes entgegengesetzte Vorgeben von ihm als schlechte Ausflucht betrachtet werden muß. Sollte freilich eine positive Gesetzgebung die Ungerechtigkeit begehen, an sich rechtmäßige Handlungen zu Verbrechen zu stempeln [2]), so wäre das ein schlimmer Fall. Allein die Wissenschaft des Rechts kann sich an eine solche Möglichkeit nicht kehren, der die Verhöhnung des Rechts zu Grunde läge, und es wäre betreffenden Falls blos eine Sache der Klugheit für die Gerichte, das schlechte Gesetz

---

1) Vgl. z. B. Martin §. 34. Mittermaier not. zu Feuerbach §. 54. Heffter §. 55. 66. Marezoll §. 26.

2) Rossi II. S. 110.

zu umgehen oder wenigstens nur die für Polizeiübertretungen giltigen Grundsätze anzuwenden. — So gewiß also zum dolus Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört, so wenig braucht dem Zurechnungsfähigen, der erweislich absichtlich gehandelt hat, nachgewiesen zu werden, daß er dieses Bewußtsein in der That gehabt habe. Wenn übrigens Heffter §. 55 sagt [1]), in Beziehung auf delicta jur. naturalis könne doch z. B. durch bisherige Abschließung von der menschlichen Gesellschaft u. dgl. besondere Umstände der Einwand einer vollkommen entschuldigenden Rechtsunkenntniß begründet werden, so ist diese Bemerkung in der That kein Einwand gegen das hier Behauptete; sie ist nur ganz überflüssig, weil sie solche Umstände voraussetzt, in welchen schon die Zurechnungsfähigkeit aufgehoben ist, mithin die Frage über Rechtskenntniß oder Nichtkenntniß gar nicht aufgeworfen zu werden braucht. — Indem nun die herkömmliche Doktrin Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit zum dolus fordert, so setzt sie sich zugleich in den auffallendsten Widerspruch mit ihrer eigenen Behauptung, daß Rechtsunkenntniß oder Rechtsirrthum nicht entschuldige. Was nun eben diesen Grundsatz betrifft, so liegt, abgesehen von der eben besprochenen Inkonsequenz, der Mangel der gewöhnlichen Doktrin darin, daß sie auf den hier durchaus wesentlichen Unterschied zwischen dem Verbrechen und der Polizeiübertretung in der Regel nicht die gehörige Rücksicht nimmt. — Freilich wird sie einigermaßen durch die Nothwendigkeit, an das gemeine deutsche Recht sich anzuschließen, entschuldigt [2]), da

1) Vgl. Marezoll S. 81 n. 1. Bair. Gb. Art. 71. Oersted a. a. O. S. 275.

2) Henke I. S. 331 läßt sich durch die Beschaffenheit der gemein-

dieses allerdings den gedachten Unterschied nicht kennt, vielmehr ihm die vage Distinktion zwischen delicta juris gentium und juris civilis unterstellt. Der Wahrheit am nächsten kommen nun Diejenigen, welche bei den ersteren niemals Entschuldigung wegen Rechtsunkenntniß annehmen, und die Entschuldigung bei den letzteren, abgesehen von den Privilegien der Frauen, Minderjährigen und rustici, auf solche Delikte einschränken, welche den Charakter von Polizeiübertretungen haben [1]). Nur freilich ist dann theils nicht immer die Begründung zu billigen, wenn sie nämlich in einer Präsumtion der Kenntniß des positiven Strafgesetzes gesucht wird [2]), theils nicht immer das Princip, welches dem Unterschied zwischen der einen und der andern Klasse der Verbrechen zu Grunde gelegt wird. Unrichtig ist es dagegen, wenn im Allgemeinen eine Entschuldigung wegen Rechtsunkenntniß angenommen wird [3]), für den Fall nämlich, daß es unmöglich gewesen sei, Rechtsbelehrung zu erhalten. Denn dieß kann, wie gesagt, nur bei Polizeiübertretungen gesagt werden, ebenso unrichtig aber, wenn die Entschuldiguug allgemein verworfen wird. — Die Inkonvenienzen der Doktrin erscheinen auch in den Gesetzgebungen wieder. Zwar gilt dieß nicht von dem östreichischen Gesetzbuch, sofern dieses den unbeschränkten Grundsatz der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrthums eben nur bei Verbrechen und schweren Polizeiübertretungen (d. h. solchen Handlungen, die

---

rechtlichen Quellen in andrer Richtung bestimmen, stellt dann aber schwer zu vereinigende Behauptungen auf.

1) z. B. Wächter, Jarke, Roßhirt a. a. O.

2) Feuerbach §. 86. Mittermaier n. 2 zu Feuerbach §. 57.

3) Marezoll S. 80. 81. Henke a. a. O.

im Durchschnitt wohl unter die Kategorie der Verbrechen gestellt werden dürfen) ausspricht [1]). Das preußische Landrecht unterscheidet formell richtig zwischen Vergehen, bei denen Rechtsunkenntniß nie, und solchen, bei denen sie unter Umständen entschuldigen könne; aber es fehlt darin, daß es dem aus dem Begriff der objektiven Sittlichkeit zu entnehmenden Unterschiede einen andern, von der Rücksicht auf die (öffentliche und Privat-) Sicherheit hergenommenen unterschiebt [2]). Neuere Gesetzgebungen dagegen, welche es für gut gehalten haben, Verbrechen und bloße Polizeiübertretungen promiscue zu bedrohen, sind dadurch nothwendig in die Lage gebracht worden, Regeln über die Rechtsunwissenheit aufzustellen, die für beiderlei Fälle nicht passen [3]). Abgesehen davon, daß auch sie regelmäßig sich der Inkonsequenz schuldig machen, einerseits zum dolus Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit zu verlangen (indem sie ihn nur durch die Unwissenheit über Art und Größe der Strafe nicht ausgeschlossen werden lassen), andererseits die Berufung auf den Rechtsirrthum, falls er nicht ganz unverschuldet und unüberwindlich gewesen, auszuschließen, — so ist, wie gesagt, die Regel für Polizeivergehen zu streng, die Ausnahme dagegen für eigentliche Verbrechen zu mild. Besonders gefährlich wird dieser Mangel an der gehörigen Unterscheidung zwischen beiden Gattungen von Vergehen bei der Frage,

1) Daß es gleichwohl auch hier nicht ganz ohne Inkonvenienzen abgehe, darüber s. Jenull I. S. 102—104.

2) Jarke a. a. O. S. 103. 104.

3) Bair. Gb. Art. 39. 71. Sächs. Gb. Art. 68. Wirt. Gb. Art. 55. 99. Hannövr. Gb. Art. 41. 84. Heff. Gb. Art. 37. 41. Braunschw. Gb. Art. 31.

unter welche Schuldkategorie sofort der unverschuldete Rechtsirrthum zu stellen sei. Auch hier sind die Ansichten wieder sehr verschieden. — Zunächst scheint nichts natürlicher, als daß eine solche verschuldete Unwissenheit unter den Begriff des Versehens subsumirt werde, wie denn auch Feuerbach [1]) hiefür eine eigene Art der culpa, die culpa durch Unwissenheit des Gesetzes, aufgestellt hat. Auch war dieß bei Feuerbach aus dem Grunde nicht eben bedenklich, weil er nicht nur die Präsumtion der Gesetzeskenntniß, sondern auch noch eine praesumtio doli aufstellte, und überdies bei delicta juris naturalis keine Entschuldigung mit Nichtwissen annahm. Nach seinem System mochte die gänzliche Entschuldigung, abgesehen von den gesetzlichen Privilegien der Frauen ꝛc. bei delicta juris civilis, eben nur den, auch im bayer. Gesetzbuch Art. 71 genannten Blödsinnigen und andern schon an sich Unzurechnungsfähigen, die mildere Berücksichtigung ex capite culpae dagegen nur selten einem zukommen, wenn er die ihm entgegenstehende Präsumtion umzustoßen vermochte. Gleichwohl lag in der Allgemeinheit des Satzes, daß verschuldete Gesetzesunkenntniß nur wegen culpa verantwortlich mache, etwas sehr Gefährliches, da nichts im Wege stand, denselben auch auf delicta juris naturalis anzuwenden, und wenigstens die Feuerbachische Schuldlehre die Aushilfe der Verweisung auf die natürliche Unsittlichkeit dieser Verbrechen nicht anbot. Es darf deßhalb nicht verwundern, wenn Oersted [2]) jener Lehre ent-

---

1) Bibl. II. S. 215 ff.

2) Grundregeln S. 269. Noten 270—278. Vergl. Rossi II. S. 210—212.

gegentrat, indem er die culpa durch Gesetzesunkenntniß zum dolus dekretirte. Seine Behauptungen lassen sich nun zwar kaum unter einem andern Principe, als etwa dem der Zweckmäßigkeit vereinigen. Vielleicht haben sie aber eben darum mehr Anklang bei den neueren Gesetzgebern gefunden, die schon des Strafprocesses wegen diesem Principe mehr, als dem der Rechtmäßigkeit, hold sind. Oersted geht nämlich gleichfalls davon aus, daß zum dolus Bewußtsein der Gesetzwidrigkeit gehöre, behauptet aber gleichwohl, daß die Gesetze die Präsumtion der Gesetzeskenntniß aufstellen müssen, wobei er sich ohne weitere Berechtigung auf die natürliche Unsittlichkeit der delicta j. gentium beruft. Und zwar bezieht er diese Präsumtion auch auf reine Polizeiverbote, und verlangt, daß, wer das Gesetz unwissend übertreten habe, nicht als kulposer, sondern als doloser Uebertreter behandelt werden solle. Freilich weiß er denn diese Strenge nur durch ein Postulat der rechtlichen Ordnung zu beschönigen, und, was noch schlimmer ist, er muß sofort Ausnahmen machen, die in ihrer Allgemeinheit ebensowohl auf eigentliche Verbrechen, als auf bloße Polizeiübertretungen zu beziehen sind. Zwar sind nun die Ausnahmen, die er zuläßt (bei Fremden, bei einem neuen Gesetze, bei Kindern und Blödsinnigen) nicht eben von großer Bedeutung. Wie gefährlich es aber gleichwohl ist, wenn das Princip einmal durchlöchert wird, ohne daß man zwischen den verschiedenen Gattungen der Vergehen eine scharfe Gränze zieht, das zeigt die o. a. Ausführung von Henke, der sogar in dem beklagenswerthen Zustand der gemeinrechtlichen Quellen eine zwar nicht juristische, aber doch moralische Rechtfertigung für sich hat. Gerade die Lehre Oersteds ist nun aber in den neueren Gesetzgebungen fixirt, welche gleich ihm die

Rechtsunkenntniß für alle Arten von Vergehungen in der Regel nicht als Entschuldigung annehmen, und eben deswegen, um nicht allzustreng zu seyn, gleich ihm eben so allgemeine Ausnahme statuiren müssen [1]. Nun ist zwar von dem gesunden Sinn der Praxis zu erwarten, daß sie solche Ausnahmen nur bei del. jur. civ. annehmen wird, (wie dies auch die Wirt. Motive andeuten); aber einerseits ist dieser Begriff ein vager, andrerseits giebt es angesehene Theoretiker, wie z. B. Marezoll, die gegen eine solche Beschränkung sprechen. Ferner sagen die neuen Gesetzbücher nicht, ob der schuldhaft Unwissende wegen dolus oder culpa gestraft werden soll. Da nun wiederum berühmte Rechtslehrer, wie Heffter [2]) und Marezoll [3]) für das Letztere sind, so könnte befürchtet werden, daß die Praxis selbst bei del. jur. nat. dieser Meinung folgen werde [4]). Indessen liegt doch wohl schon darin, daß diese Gesetzbücher einerseits der Berufung auf Rechtsunkenntniß mit Recht ungünstig sind, andrerseits die culpa nur ausnahmsweise mit Strafe bedrohen, ein starker Beweis dafür, daß sie der entgegengesetzten Ansicht sind. Neuerdings hat sich nun auch Luden [5]) für die Annahme des dolus erklärt. Allein gleichwohl muß diese Behandlung der Sache für unrichtig erklärt werden. Denn darin, daß verschuldete Unwissenheit an und für sich nur kulpos seyn könne, haben Heffter und Marezoll gewiß vollkommen Recht, und es ist daher diese Behauptung nur in ihre richtigen Gränzen, nämlich auf Polizeivergehen zu reduciren, bei denen allerdings Rechts-

1) Hufnagel Kom. I. S. 103.
2) Lehrb. §. 67. n. 5.
3) Lehrb. S. 80.
4) In der That empfiehlt dieß auch Hepp Kom. I. S. 692. n. 2.
5) Handbuch §. 35. n. 5. §. 44.

kenntniß nicht präsumirt werden kann, weil ihre Strafbarkeit einen bloß positiven, hiemit zufälligen Grund hat. (Eine feine Bemerkung ist es übrigens, wenn Heffter sagt, daß die luxuria bei solchen Vergehen stets in dolus übergehe). Thut man aber dies, läßt also bei wirklichen Verbrechen den dolus durch Berufung auf Rechtsirrthum nie ausgeschlossen werden, so ist es für Polizeivergehen weiterhin ohne Bedeutung, ob man wegen dolus oder culpa straft, aus den im Paragraphen angegebenen Gründen. —

Eine bestrittene Frage ist noch die: ob die Schuld ausgeschlossen werde durch einen solchen Rechtsirrthum, vermöge dessen der Handelnde glaubt, seine Handlung falle nicht unter das Strafgesetz? Luden [1]) scheint auch hier, obgleich er es nicht ausdrücklich sagt, (denn er spricht nur von verbrecherischer Willensbestimmung überhaupt), gleichwohl dolus anzunehmen, insofern er sich der Ansicht von Wächter [2]) entgegensetzt, dessen Worte die Annahme einer Verantwortlichkeit wegen culpa um so weniger ausschließen, als Wächter sich auf Jenull [3]) beruft, welcher ausdrücklich bemerkt, es werde hier keineswegs immer unverschuldeter Irrthum und gänzliche Aufhebung der Zurechnung stattfinden. Die erstere Ansicht ist gleichfalls schon von Oersted [4]) behauptet worden, der sich auch gegen die Feuerbachische culpa durch Uebereilung erklärte und ausdrücklich, freilich wieder nur aus politischen Gründen verlangte, daß einem Uebertreter das Mißverstehen der Strafgesetze so wenig zu Gute kommen dürfe, als die Unwissenheit über das Dasein derselben. — Man wird aber auch diese Frage

1) Handbuch §. 44. n. 4.
2) Lehrb. I. S. 121.
3) Oestr. Krim.-Recht I. S. 99—100. Vgl. Henke I. S. 330—331.
4) Grundr. S. 269. Anm. S. 276.

unbedenklich unter das obige Princip zu stellen und daher je nach den verschiedenen Gattungen der Vergehen verschieden zu entscheiden haben. — Was übrigens den modernen Staat betrifft, so ist die Bemerkung von Hegel[1]) wohl zu erwägen, daß durch die Oeffentlichkeit der Gesetze und die allgemeinen Sitten der Staat dem Rechte der Einsicht die formelle Seite und die Zufälligkeit für das Subjekt benehme, daher denn auch bei den bloßen Polizeiübertretungen eine genauere Distinktion (als etwa durch einen mäßigen Strafrahmen) zwischen vorsätzlicher Uebertretung und verschuldeter Unkenntniß nicht Bedürfniß zu seyn scheint.

Dritter Abschnitt.

Die Wiederaufhebung des Verbrechens als Tilgung der Schuld.

---

§. 160.

An der Wiedervergeltung in der Form der Rache erschien vornämlich auch dieß auch mangelhaft, daß dabei nur auf die objektive Existenz des Unrechts, nicht aber auf die Schuld darin gesehen wird. Nunmehr hat aber das Verbrechen die Bestimmung erhalten, Produkt der Subjektivität, schuldvolle Handlung zu seyn. Es entsteht dadurch nun auch die gegen die frühere umgekehrte Forderung, — gegen welche die objektiv existirende Rechtsverletzung zunächst als das Indifferente erscheint, — daß das Verbrechen als solches Produkt der Subjektivität wieder aufgehoben werde, daß mithin

---

1) §. 132. Anm.

die Wiederaufhebung desselben sich als Tilgung der Schuld bestimme.

§. 161.

Sofern nämlich die Wiedervergeltung überhaupt nur das Dasein des verbrecherischen Willens aufhebt, so läßt sie die verbrecherische Gesinnung bestehen, sie erscheint nur an dem verbrecherischen Subjekte, ist aber noch nicht für dasselbe, noch nicht durch seine Selbstbestimmung mitgesetzt. Da nun aber das Verbrechen wesentlich Produkt der subjektiven Innerlichkeit ist, so wird es in Wahrheit nur aufgehoben, wenn die Gesinnung aufgehoben wird, woraus es entsprungen ist. Hiernach muß dem verbrecherischen Subjekte die Nichtigkeit seiner Handlung in der Art zum Bewußtsein gebracht werden, daß dadurch seine verbrecherische Gesinnung negativ gesetzt wird [1]).

§. 162.

Die Wiederaufhebung des Unrechts, welche sich bisher als ein Zwang gegen den Verbrecher, als eine Willensverletzung, mithin im Allgemeinen als ein Uebel für ihn bestimmt hat, bestimmt sich nunmehr als sein eigenes Interesse, als ein Gut für ihn. Es entsteht mithin die Forderung, daß die Wiederaufhebung des Unrechts zum Besten des Verbrechens selbst gereiche. Diese Bestimmung, zunächst a) unmittelbar gesetzt, ergiebt den Begriff der Züchtigung, in welcher beides vereinigt ist, daß die Reaktion gegen den Verbrecher die objektive Genugthuung und Wiedervergeltung enthält, zugleich aber damit der Zweck verbunden ist, mittelst der zugefügten Willensverletzung den Verbrecher zu einer Aenderung seiner widerrechtlichen Gesinnung zu bestimmen. Dieser Zweck ist in der Züchtigung nur an sich, noch nicht

---

1) Wirth a. a. O. II. S. 320. 321.

für das Bewußtsein des Gezüchtigten gesetzt, daher auch das Uebel selbst noch nicht durch den Zweck bestimmt wird. Vielmehr steht dasselbe noch ganz unter der Kategorie der objektiven Genugthuung und dem für diese bestehenden Prinzipe des Maßes, und unterscheidet sich von dieser nur eben durch den über sie übergreifenden Zweck, durch die Empfindung der Gerechtigkeit der zugefügten Willensverletzung bestimmend auf die Subjektivität des Gezüchtigten zu wirken.

§. 163.

Indem aber vermöge der subjektiven Freiheit es zufällig ist, ob die an sich gerechte Willensverletzung von dem Gezüchtigten als solche werde empfunden werden, so geht jene Forderung b) in die weitere Forderung über, die Züchtigung so einzurichten, daß sie den Verbrecher von dem Verharren in seiner widerrechtlichen Gesinnung abschrecken und ihm eventuell alle weitere Ausbrüche derselben unmöglich machen müsse. Hiemit wird nun die Willensverletzung erst wirklich als ein Uebel für den Verbrecher gesetzt, da sie vorher ein solches nur an sich war. Zugleich aber tritt nun in der Zufügung dieses Uebels der Zweck, dieses Uebel zum Besten des Schuldigen dienen zu lassen, ausgesprochen hervor. Dieser Zweck der Abschreckung und Prävention hat seine Wahrheit in der Betrachtung, daß kein Verbrechen ein vereinzelter Akt ist, vielmehr stets ein in der Subjektivität mehr oder weniger vorhandenes negatives Ferment und die Geneigtheit, der sittlichen Idee zu widerstreben, anzeigt. Dieser Geneigtheit aber, welche die Vorherrschaft des sinnlichen Triebs über die Vernunft voraussetzt, scheint durch Androhung und Vollstreckung sinnlicher Uebel ein zweckmäßiges Gegengewicht gegeben zu werden, sofern zu erwarten ist, daß der Schuldige durch die Androhung oder Erleidung solcher Uebel sich werde abschrecken lassen. Sollte aber dieser Effekt

nicht erreicht werden können, so scheint es das eigene Interesse des Schuldigen zu fordern, daß ihm durch die Anwendung eines absoluten Sicherungsmittels die fernere Bethätigung seiner widerrechtlichen Gesinnung unmöglich gemacht werde. — So sehr nun diese Ansicht damit Recht hat, wenn sie das Moment der objektiven Wiedervergeltung in der Wiederaufhebung des Verbrechens für ungenügend hält und vielmehr von derselben eine Wirkung auf die Subjektivität des Verbrechens verlangt, und so richtig es ist, wenn sie diese Wirkung von der einfachen Züchtigung noch nicht erwartet, eben weil in dieser der fragliche Zweck noch nicht für das Bewußtsein des Schuldigen hervortritt, — so verfällt sie doch, abgesehen davon, daß sie die Bestimmtheit der Willensverletzung als objektiver Genugthuung indifferent setzt, d. h. ihre schlechtsinnige Nothwendigkeit negirt, auf ihrem eigenen Standpunkte in den Widerspruch, daß sie eine Selbstbestimmung der freien Subjektivität durch Zwang hervorbringen will, was nicht nur an sich selbst widersinnig ist, sondern auch theils die Wirkung problematisch läßt, theils eine falsche Auffassung der menschlichen Freiheit zur Voraussetzung hat.

Anm. — Die Strafe in Form der Züchtigung findet sich in keinem irgend höhern ausgebildeten Strafrechte. Vielmehr kann diese Auffassung, nur in solchen Staaten erwartet werden, welche über den patriarchalischen Standpunkt der Familie noch nicht hinausgekommen sind [1], wie es sich denn wirklich bei den hinterasiatischen Völkern, insonderheit den Chinesen findet, wo denn namentlich auch die Anwendung der bürgerlichen Strafe für bloß immoralische Handlungen charakteristisch ist.

1) Vgl. Abegg Strafrechtstheorieen. S. 20—23, der aber mit Unrecht die Rache unter das Princip der Familie stellt. s. auch Henke I. §. 6.

Dagegen kommt die gedachte Auffassung als Moment allerdings auch auf höheren Bildungsstufen vor. Dieselbe enthält, wie auch die obige Darstellung es andeutet, den Keim für alle vom Standpunkte der Subjektivität ausgehenden Betrachtungen der Natur der Strafe. Deßhalb liegt sie namentlich dem Strafrechte der christlichen Kirche zu Grunde. Ausserdem aber ist dieses Moment der Strafe zwar allerdings im Strafrechte des modernen Staats als untergeordnetes mit enthalten, dagegen tritt er als specifisch geltend und als bestimmendes Princip in dem nicht in den Kreis des Staats, sondern in den Kreis der Familie fallenden Strafrechte hervor [1]). Gegen die Unmittelbarkeit der Betrachtung der Strafe als Züchtigung ist es schon ein Gesichtspunkt der fortgeschrittenen Reflexion, wenn ihr der Zweck der Abschreckung und der Prävention untergelegt wird. Dieß kommt denn allerdings auch in schon höher gebildeten positiven Rechten vor, dann aber freilich unter Modifikationen, die erst unten näher zu erörtern sind. Die gedachten Zwecke behalten dann nämlich nicht ihre hier wesentliche moralische Beziehung, sondern nehmen eine politische an, wie dieß auch in der Grolmanischen und der relativ hierher einschlagenden Feuerbachischen Theorie der Fall ist. Gleichwohl liegt das tiefer spekulative Moment dieser Theorie und der ihnen entsprechenden objektiven Rechtsgestaltungen nicht, wie es in der Regel angenommen wird [2]), in jener ihrer poli-

---

1) Ueber die Anwendung dieses Gedankens im römischen Recht s. Abegg a. a. O. 89—91.

2) Auch Abegg in den Strafrechtstheorieen behandelt diese Systeme keineswegs gerecht, indem er sich begnügt, sie unter den Gesichtspunkt der bürgerlichen Gesellschaft zu stellen.

tischen, sondern in dieser ihrer moralischen Beziehung, wie man dieß schon daraus hätte schließen können, daß die gedachten Philosopheme von dem Standpunkte des subjektiven Idealismus ausgegangen sind. Feuerbach unterscheidet sich dann nur darin von Grolman, daß er in der verbrecherischen Handlung nicht bloß einen Beweis der Geneigtheit des bestimmten Subjekts zu weiteren Widerrechtlichkeiten, sondern zugleich den Beweis für ein unter der Masse der Uebrigen mehr oder minder verbreitetes negatives Ferment, hiemit zugleich ein verführerisches Beispiel für diese sieht, woraus denn die Nothwendigkeit hervorgeht, auch diese abzuschrecken und ihren möglichen Verbrechen zuvorzukommen. Inwiefern nun diesen subjektiven Beziehungen der Strafe relative Wahrheit zukomme, findet sich oben angegeben. Zugleich ist zu bemerken, daß die Mängel dieser Ansicht eben auf dem Standpunkte des subjektiven Idealismus als solche nicht erscheinen konnten. Denn einerseits gelten jenem Standpnnkte Recht und Staat nicht als etwas Substantielles, soudern als Produkt des Ichs, mithin als Mittel für dessen Zweck und Interesse, daher von einer an sich seienden Nothwendigkeit der objektiven Genugthuung nach dem Princip des Maßes, mittelst welcher ja eben nur das Recht als das substantiell Giltige erklärt wird, gar nicht die Rede seyn konnte: andrerseits enthielt der Gedanke eines psychologischen Zwangs keinen inneren Widerspruch für ein System, dem Moral und Recht zwei schlechthin unterschiedene Gebiete und hiemit moralische und rechtliche Freiheit zwei wesentlich verschiedene Potenzen waren, so zwar, daß freilich die letztere den Namen der Freiheit in Wahrheit gar nicht mehr verdiente. So auffallend es nun allerdings erscheinen mußte, wenn die Abschreckung

gerade als der hauptsächliche, ja einzige Zweck der Strafe erklärt wurde, während doch jedes wirkliche Verbrechen stets aufs Neue die Unfruchtbarkeit dieses Mittels bewies, so lag doch der Fehler nur eben in dieser Einseitigkeit womit eine Seite der Sache zum Ganzen aufgeschraubt wurde. An und für sich nämlich ist es ganz richtig, daß unter Anderm auch die Furcht vor dem sinnlichen Uebel der Strafe ein durchaus zweckmäßiges Gegengewicht gegen den negativ sittlichen, selbstischen Trieb ist; ebenso unwahr ist es, den Menschen zum Theil als absolut freies Ich, zum andern Theil als bloß sinnliche Willkühr aufzufassen, so widersprechend ist es, ein Motiv, das nur unter der Voraussetzung freier Selbstbestimmung als solches wirken kann, unter die Kategorie des Zwangs zu stellen, während doch gerade jeder konkrete Fall der Anwendung dieses Zwangs seine Unwirksamkeit als Zwang aufzeigt [1]. Entweder ist die Abschreckung nothwendig, weil auf andere genügende Motive zum Abstehen von der verbrecherischen Gesinnung nicht gerechnet werden kann; dann genügt es aber nicht an einem bloß psychologischen Zwang, sondern es bedarf des physischen, nicht erst wieder durch die Freiheit in seiner Wirksamkeit zu vermittelnden; oder aber man scheut sich vor der Brutalität des physischen Zwangs und rechnet noch auf freie Selbstbestimmung, dann ist es willkührlich, das Motiv der Furcht vor der Strafe ausschließend zu berücksichtigen, zugleich aber verkehrt, von einem Zwange zu reden, da doch die Freiheit das

1) Ganz dasselbe gilt auch gegen die neuerlich von Schaffrath Grundwissenschaft des Rechts §. 147 ff. 186 aufgestellte zwangsrechtliche Theorie, von welcher Luden Hdbuch I. S. 50. n. 3. mit Recht sagt, daß sie sich von der Grolmanischen nur im Ausdrucke unterscheide.

schlechthin Unzwingbare ist. Hierin liegt die Rechtfertigung des dem Abschreckungszwecke entgegengesetzten Besserungszwecks, von welchem sofort zu handeln ist.

§. 164.

Dieser Widerspruch löst sich c) in die Forderung auf, im Verbrecher, der in seiner Handlung eine die Sittlichkeit negirende Richtung des Willens an den Tag gelegt hat, einen in seiner Innerlichkeit vor sich gehenden, durch seine freie Selbstbestimmung vermittelten Proceß, den der Besserung hervorzurufen. In der That ist auch diese Forderung die nothwendige Konsequenz der allgemeinen Forderung, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens zur Wiederaufhebung des Unrechts in der Subjektivität des Verbrechens, hiemit ein Proceß seines Wissens und Wollens, ein Gut für ihn selbst werde. Denn während sowohl die Züchtigung, als die Abschreckung, diesen Proceß zwar zum Zwecke haben, dazu aber ein Mittel (den Zwang) verwenden, welches seiner Natur nach dem Begriff der freien Selbstbestimmung widerstrebt, so liegt nun dem Besserungszwecke die richtige Einsicht zu Grunde, daß der gedachte Proceß eben nur durch solche Mittel hervorgebracht werden könne, welche an sich geeignet seien, auf die freie Selbstbestimmung zu wirken, wobei denn zwar Züchtigung und Abschreckung nicht als ausgeschlossen, aber weder als die einzigen, noch auch nur als die zweckmäßigeren Mittel erscheinen.

Anm. — Auch hier ist noch von den politischen Modifikationen abzusehen, welche die Besserungstheorieen nothwendig annehmen müssen, wenn sie sich als eigentliche Strafrechtstheorieen geltend machen wollen, was freilich nie glücken kann [1]). Uebrigens ist hier nicht von

1) s. Abegg a. a. O. S. 50—53. Literatur bei Mittermaier n. 7. zu Feuerbach §. 7. a.

solchen Ansichten die Rede, welche die politische und moralische Besserung des Verbrechers nur als Mittel für einen anderweitigen Zweck, die Sicherheit der Gesellschaft ꝛc., erstreben wollen, sondern nur von solchen, die es unmittelbar auf die Subjektivität des Verbrechers als Selbstzweck abgesehen haben, mögen sie nun weiterhin die Besserung in der Form der Züchtigung bezwecken, um sich den Ansichten des gemeinen Lebens anzuschließen [1]), oder die Besserung im eminenten Sinne unmittelbar als Zweck aufstellen [2]). Hier kommt es nur wieder darauf an, das spekulative Fundament dieser Theorieen als ein wesentliches und relativ wohlberechtigtes anzuerkennen. Da hiebei der Verbrecher in seiner Subjektivität als Selbstzweck behandelt wird, so hat diese Theorie für jeden, der vom modernen Staate (insbesondere auch im Strafproceß) die endliche Anerkennung dieser Nothwendigkeit verlangt, jedenfalls einen unendlichen Vortheil vor der Abschreckungstheorie, die im Verhältniß zum Staate gerade umgekehrt die Subjektivität des Verbrechers zum bloßen Mittel herabsetzt, womit es denn zusammenhängt, daß unsre im Mißbrauch graugewordene Praxis (selbst in legislativen Erzeugnissen, die von ihr ausgegangen sind) noch immer im Gebiete des Strafprocesses das, was als Recht des freien Selbstbewußtseins mit allem Nachdruck zu fordern ist, verweigert oder wenigstens nur als Gnadensache behandelt wissen will. — Die Berechtigung des Besserungszwecks liegt aber in der ganz richtigen Einsicht, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens als bloße objektive Genugthuung, die für den Verbrecher ein bloß äusserliches

1) Ansicht von Livingston.
2) Henke N. Arch. V. S. 240 ff.

Geschehen an ihm bleibt, ihren Begriff und ihre Bestimmung nicht erfülle, daß vielmehr, wenn von derselben als einem sittlichen Processe die Rede seyn soll, auch die Tendenz hinzukommen müsse, die verbrecherische Gesinnung in dem Uebelthäter aufzuheben, daß aber die Erreichung dieser Absicht mittelst der Züchtigung und Abschreckung an sich theils problematisch, theils unmöglich, jedenfalls aber es zweckwidrig sei, eine von der freien Subjektivität zu erwartende Wirksamkeit vorzugsweise durch Zwang erreichen zu wollen. In diesem Sinne haben denn die Vertheidiger des Besserungszwecks ohne Zweifel Recht, wenn sie entweder die züchtigende und abschreckende Qualität der Strafe beibehalten [1]), diese Modalitäten aber als bloße Momente dem Besserungszwecke unterordnen, oder wenn sie diesen Zweck vollends geradezu als den einzigen hinstellen [2]). Schon um ihrer Humanität willen haben diese Theorieen den Spott nicht verdient, mit welchem man sie nicht selten so reichlich bedacht hat.

§. 165.

Eben darin jedoch, daß die Forderung der Besserung als die Konsequenz und Spitze der allgemeinen Forderung erscheint, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens zu einem in der Innerlichkeit des Verbrechers sich verlaufenden Processe gemacht werde, erscheint zugleich die Einseitigkeit und Mangelhaftigkeit dieser Forderung, wie ihr gegenüber die Forderung der objektiven Genugthuung für sich allein als abstrakt und einseitig erschien. Mit dem Besserungszwecke als ihrem Haupt-

1) Arnim Bruchstücke über Verbrechen ꝛc. Stelzer über den Willen.

2) s. die Schriftsteller über das Pönitentiarsystem bei Mittermaier n. 3. zu Feuerbach §. 149.

principe würde nämlich die Wiederaufhebung des Verbrechens, dessen Natur es ist, quantitativ und qualitativ bestimmt zu seyn, über ihren eigenen Begriff hinausgetrieben, sofern das bestimmte Verbrechen nicht mehr selbständig, sondern nur als Veranlassungs-Grund zur Ermittlung der ganzen Gesinnung des Verbrechens in Betracht kommen, die zu der Wiederaufhebung des Verbrechens erforderliche Willensverletzung aber die Größe des Verbrechens nicht mehr zum Maßstab haben könnte, vielmehr das zuvor gesetzte Princip der Wiedervergeltung geradezu aufgehoben werden müßte. Denn es müßte wegen des größten Verbrechens der Verbrecher nur eine geringe Willensverletzung erfahren, sobald er Beweise von Besserung gäbe, wegen des geringsten Vergehens aber eine große, solange er es an solchen Beweisen fehlen ließe. Während also sich oben ergeben hat, daß die Wiederaufhebung des Verbrechens in einer der Verletzung dem Werthe nach gleichen Verletzung des verbrecherischen Willens bestehen müsse, so würde durch den Besserungszweck im Gegentheile die gesammte Subjektivität des Verbrechers zum Maßstabe dieser Willensverletzung gemacht, was dem Begriffe des Verbrechens, als der nach Art und Größe begränzten objektiven Negation der Sittlichkeit, widerspräche. Es ergiebt sich hieraus die Einseitigkeit und relative Unwahrheit der Betrachtung des Verbrechens als Produkts der Subjektivität, und seiner Wiederaufhebung als Vernichtung der verbrecherischen Gesinnung. Vielmehr ergiebt sich, daß nur beide Seiten des Verbrechens zusammen, die objektive und die subjektive, den vollen Begriff desselben als der verbrecherischen Handlung ausmachen, woraus dann zugleich folgt, daß auch die Wiederaufhebung des Verbrechens beides zusammen enthalten müsse, die in der Wiedervergeltung sich aussprechende objektive Genugthuung und die Tilgung

der Schuld, welche Einheit sich in dem Begriffe der Strafe darstellt [1]).

Anm. — Nicht selten werden der Besserungstheorie andre Einwürfe gemacht, die nicht treffen. So bemerkt Abegg [2]), es wäre ungerecht, die Wohlthaten einer auf sittliche Besserung berechneten Einrichtung in ihrer Theilnahme erst von der Verübung eines Verbrechens abhängig zu machen, und man habe keine Berechtigung, Jemanden, selbst um ihn zu bessern, was ja auf andere Weise geschehen könne, dem Strafzwange zu unterwerfen, wenn dieser nicht unabhängig begründet sei. Hierauf wäre zu entgegnen, — ad 1) daß die Besserungstheorie, wenn sie eben den Staat zu ihrem Organe nimmt, mit allem Rechte sich nicht für befugt hält, Jemanden als Kandidaten des Besserungshauses zu betrachten, der nicht eben durch ein begangenes Verbrechen einen objektiven Erkenntnißgrund seiner unsittlichen Subjektivität preisgegeben hat, ad 2) daß es ohne Zweifel allerdings noch andre Besserungsmittel, als die Strafe, giebt, daß aber eben sogewiß diese mit unter die wirksamsten gehört, wie die in Form der Züchtigung in andern sittlichen Kreisen vorkommende Strafe deutlich beweist. In der That wäre es auch sonderbar, wenn ein Gedanke so gar oberflächlich und handgreiflich unrichtig seyn sollte, der nicht nur im Mittelalter dem Strafrechte der Kirche zu Grunde lag, sondern auch gerade im modernen Staate da, wo sein Begriff am reinsten sich gestaltet hat, in England, Frankreich und Amerika, als so bedeutsame Macht hervorgetreten ist. — Was gegen den Besserungszweck als Princip allein

1) Wirth II. S. 323.

2) Strafrechtstheorien S. 52. f. dagegen S. 53. n. 45.

zu erinnern ist, das giebt der Paragraph an. Daraus erhellt aber zugleich, daß dieses Princip, welches als Grundnorm der bürgerlichen Strafe allerdings alle Freiheit aufheben müßte, weil der Staat sich damit ein Vormundschafts- und Zwangsrecht über die ganze Persönlichkeit jedes Uebertreters seiner Gesetze anmaßen würde, um so mehr in denjenigen sittlichen Kreisen am Platze ist, deren Wesen eben darin besteht, die ganze Persönlichkeit zu umfassen, wie dieß in höherem oder geringerem Grade von der Familie, der Kirche und der Schule gesagt werden kann. Auch hier ist es also der Fall, daß ein Gedanke, der als Moment sehr wohl an seinem Platze und insbesondere geschichtlich seiner Zeit in höchster Bedeutsamkeit hervorgetreten ist, nur dadurch unwahr wird, daß man ihn zum Ganzen der Sache aufspreizen will, ein Fehler, gegen welchen es eben keine andere Garantie giebt, als die wissenschaftliche Methode, welche der immanenten Entwicklung des Begriffs folgt.



Drittes Kapitel.

Die verbrecherische Handlung und die Strafe.

---

§. 166.

Der Begriff des Verbrechens hatte sich zunächst unmittelbar als objektive Rechtsverletzung, und hiernach seine Wiederaufhebung als objektive Genugthuung (Wiedervergeltung nach dem Principe des Werths) bestimmt. Aus dieser unmittelbarsten Bestimmtheit hat er sich sofort in seine Innerlichkeit reflektirt, und es hat sich ergeben, daß das Verbrechen nur existent werden kann als freie und darum zurechenbare Handlung, als Produkt der Schuld eines Subjekts, woraus dann die Forderung hervorgieng, daß auch die Wiederaufhebung dieser Schuld ein nicht bloß äußerlicher, sondern im Innern des schuldigen Subjekts selbst vor sich gehender Prozeß sein müsse. Eben mit dieser Forderung drohte aber der Begriff des Verbrechens, über sich selbst hinauszugehen und in den allgemeinen Begriff der Unsittlichkeit zu zerfließen. Er kehrt daher nunmehr, bereichert mit den subjektiven Bestimmungen, die er an sich gesetzt hat, in seine zuerst gesetzte objektive Bestimmtheit als Rechtsverletzung zurück, so jedoch, daß er dieß nun nicht mehr unmittelbar, sondern als durch das Moment der freien Subjektivität vermittelt ist. Somit ist er nun als verbrecherische Handlung bestimmt, d. h. a) als eine objektiv existirende Verletzung des Rechts als Rechts in irgend einem nach Art und Größe bestimmten Dasein, welche Verletzung b) das Produkt einer freien, zurechenbaren Handlung eines Subjekts ist, so daß

c) die Verletzung ebensowohl als ein äußerlich existirendes, mithin objektiv zu vernichtendes, wie als ein subjektiv existirendes und daher subjektiv zu tilgendes Unrecht erscheint (vergl. §§. 69. 70).

§. 167.

Das Wesen des Willens überhaupt, in der Form des Rechts, wie in der Form der Pflicht, giebt sich in der Vernunft sein Selbstbewußtsein. Somit ist zwar allerdings dieses Wesen der Potenz nach im menschlichen Geiste gesetzt, und eben daraus folgte, daß kein Zurechnungsfähiger sich mit Rechtsunwissenheit entschuldigen kann. Aber eben weil es darin nur an sich gesetzt, die Freiheit dagegen die Macht ist, auch das Gegentheil zu setzen, so schließt das Selbstbewußtwerden der Substanz nothwendig auch die Thätigkeit ein, das Wesen des Willens in einer von dem natürlichen Willen unterschiedenen Formbestimmtheit zu setzen, in welcher es der menschlichen Freiheit als die absolute Norm des Wollens gegenüber steht. Als diese Formen ergeben sich in dem Gesammtsysteme der Ethik die drei Formen des Gesetzes, der Pflicht und des Erlaubten [1]). In die Sphäre des objektiven Daseins der Sittlichkeit nun aber, in welcher wir uns bewegen, fällt nur die Form des Gesetzes. — So wenig nun die Vernunft auf dieser Stufe des Selbstbewußtseins stehen bleiben kann, da vielmehr die Idee des Willens nur dann realisirt ist, wenn die absolute Norm zur freien That geworden ist, so gewiß ist es doch, eben damit diese Vermittlung vor sich gehen könne, nothwendig, daß die Substanz sich so als die absolute Norm setze, und dieß geschieht nun gerade in der ersten und unmittelbarsten Weise in der Form des Gesetzes, welches, gegen die Freiheit des Men-

---

1) Wirth. I. S. 100—117.

schen indifferent, seine absolute Erfüllung verlangt und diese Forderung nöthigenfalls durch Zwang verwirklicht.

Anm. — Die Vorstellung dieser Nothwendigkeit liegt nirgends näher, als im Strafrechte, welches gerade an der gebrochenen Einheit des substantiellen und des erscheinenden Willens seinen Stoff hat. Allerdings liegt das Recht, wie das Gute, der Potenz nach im menschlichen Willen. Er braucht es nicht zu lernen, er braucht nur das Gefühl davon, was von Natur in ihm ist, zu entwickeln. Darin liegt die Möglichkeit der Schuld, sowie es darin liegt, daß die Rechtsunwissenheit für wirkliche Verbrechen keine Entschuldigung gewährt. Allein hier ist es nur darum zu thun, die Nothwendigkeit einzusehen, warum das Wesen des Willens auch außerhalb der freien Individualität in eigenthümlicher Formbestimmtheit für sich gesetzt sein muß, — eine Nothwendigkeit, die nicht blos für die Rechtssphäre, sondern für das gesammte Reich der Sittlichkeit besteht. Diese Nothwendigkeit liegt aber eben darin, daß jenes Ansichsein des substantiellen Willens im menschlichen Gemüthe noch nicht die vollkommene Erscheinung desselben ist, daß vielmehr diese erst durch das Ringen der subjektiven Freiheit mit der substantiellen Nothwendigkeit und ihre freie Einigung mit ihr hervorgebracht wird. Damit dieser Proceß möglich werde, muß das Wesen des Willens sich als solches für sich der freien Subjektivität gegenüber setzen; es muß eine unterschiedene Formbestimmtheit annehmen, in welcher es sich eben dem Willen der Erscheinung als die absolute Norm entgegengestellt, — freilich nicht, um in diesem Gegensatze zu verharren, sondern gerade damit er aufgehoben werde. Die absolute Norm erscheint nun unmittelbar als Gesetz, und in diese Sphäre fällt dann eben die objektive Sittlichkeit, welche

den Gegenstand der Rechtswissenschaft ausmacht. — Hier ist nun an das schon oben Angegebene zu erinnern, daß einerseits die Willkühr gerade durch diese Entgegensetzung absoluter Bestimmungen gegen sie zum Bösen sollicitirt, andrerseits auch die Schuld nur durch das Bewußtsein eines solchen Kreises von substantiellen Bestimmungen möglich wird.

§. 168.

Die adäquate Erscheinung für den substantiellen Willen in der Potenz des Gesetzes ist nun gerade das Recht, welches, als die Form der objektiv geltenden Sittlichkeit, noch in einem besonderen Sinne nothwendig ein objektives Dasein haben muß. So gewiß nämlich das Recht, wie das Gute, potentiell im Willen des Individuums liegt, so gewiß ferner der Rechtsorganismus im Ganzen nicht bestehen kann, wenn er nicht eine subjektive Basis in der Gesinnung seiner Mitglieder hat, so ist es gleichwohl der eigenthümliche Charakter des Rechts, sich als die allgemeine Macht zu objektiviren und die sittliche Nothwendigkeit in der Sphäre des objektiven Daseins schlechthin geltend zu machen, daher gegen die Willkühr des Individuums ohne Vermittlung durch seine subjektive Freiheit mit Zwang sich zu behaupten, woraus dann die Nothwendigkeit für das Recht folgt, eine der freien Subjektivität schlechthin entgegengesetzte Formbestimmtheit in äußerlichen Institutionen anzunehmen, welche eben die Möglichkeit seiner zwangsweisen Verwirklichung verbürgen.

Anm. — Die sittliche Substanz hat auch in der Potenz des Guten und der Pflicht eine von dem individuellen Willen unterschiedene Formbestimmtheit, sofern sie ihm gegenüber die allgemeine, schlechthin zu befolgende Norm des Handelns darstellt. Allein der große Unterschied gegenüber dem Rechte besteht darin, daß dort

das Dasein des Allgemeinen wieder in die Subjektivität selbst, hier dagegen in das äußere Dasein fällt. Die Pflicht verkündigt sich dem Subjekte innerlich als ein Sollen, das Recht dagegen fragt nichts nach der Innerlichkeit, es tritt den Menschen als hartes Müssen von außen an. Die allgemeine Vernunft, sofern sie es nicht auf das Innere des Subjekts, sondern auf die Welt abgesehen hat, worin der Mensch neben andern Menschen lebt und in die Gaben der Natur sich mit ihnen theilen muß, hat zwar gleichfalls ihr potentielles Dasein im Einzelwillen, aber dieß ist nicht ihre Eigenthümlichkeit; vielmehr besteht diese darin, daß die sittliche Allgemeinheit in dieser Form zugleich ein für sich seiendes, objektives Dasein in äußeren Erscheinungen und Einrichtungen hat, die, um zu gelten, sich nicht an die Freiheit des Menschen wenden, sondern sich gegen diese als schlechthin giltig behaupten und ihren Widerspruch mittelst physischen Zwangs neutralisiren. Am Rechte hat daher eben die Sittlichkeit in der Potenz des Gesetzes ihre angemessene Erscheinung, während sie in der Potenz der Pflicht der Moral angehört.

Dieser wesentliche Unterschied muß aus der Indifferenz, worin ihn Hegel erlöschen lassen wollte, wiederhergestellt und insoweit dem subjektiven Idealismus relativ Recht gegeben werden. Gleichwohl aber kann keine Rede davon sein, dessen Ansicht von Recht und Moral im Ganzen für irgend zulänglich zu halten, da ihm die Hauptsache, nämlich die Anerkennung des substantiellen Seins der allgemeinen Vernunft in beiden Potenzen, geradezu abgeht. Ebendeßhalb kann denn auch hier nicht davon die Rede sein, den Staat als das abstrakte Zwangsinstitut, gleichsam als die Zwangsjacke der subjektiven Freiheit anzusehen, wogegen, als gegen

ein nothwendiges Uebel, diese sich möglichst in sich selbst zurückzuziehen und in ein hohles moralisches Pathos hinein zu arbeiten hätte. Im Gegentheil ist der Staat, als Rechtsorganismus, eben nicht blos ein mechanisches Gleichgewichtssystem wechselseitiger Freiheitsbeschränkungen, sondern er ist selbst ein sittlicher Organismus, der endlich seine beste Nahrung gleichfalls nur aus der Gesinnung seiner Mitglieder zieht [1]).

§. 169.

Hiernach ist nun 1) das Recht in diesem seinem objektiven Dasein als äußeres Gesetz näher zu betrachten, wobei es denn nicht mehr, wie im ersten Kapitel, bloß unmittelbar als die absolute Norm des objektiven Daseins, sondern als diese, wie sie sich zu den Individuen verhält, sich darstellt. Ebenso ist die verbrecherische Handlung nunmehr in ihrer Beziehung auf das Gesetz anzusehen. Sonach ist 2) der gesetzwidrigen Handlung die Strafe als die wahre, durch den Staat zu vollziehende Wiederaufhebung des Verbrechens entgegenzustellen, worauf 3) die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen in Verbindung mit den verschiedenen, dabei eintretenden, Staatsfunktionen, so wie den Gründen, welche die Anwendung der Strafe ausschließen, zu erörtern ist.

---

1) Wirth, II. S. 83. 84.

Erster Abschnitt.

Das Gesetz und die gesetzwidrige Handlung.

§. 170.

Die Betrachtung des Verbrechens als schuldvoller Handlung wider das äußerlich existirende Gesetz der objektiven Sittlichkeit zerlegt sich wieder in folgende Abschnitte: 1) ist zu zeigen, wie jenes Gesetz sich zur objektiven Existenz bringt und in welches Verhältniß es sich zu den Individuen setzt. 2) Ist die schuldvolle Handlung in ihrer Beziehung auf das Gesetz zu erörtern. Hiemit ergiebt sich 3) als der Boden für die wirkliche Existenz des Verbrechens in seinem vollen Begriffe, sowie für seine Wiederaufhebung — der Staat.

I. Das Recht als Gesetz.

§. 171.

Das formelle Recht ist abstrakt, sofern es das Wesen des Willens in der Form seiner Besonderheit (im Medium der Koexistenz der Individuen) ist, dabei aber gegen den Inhalt des besondern Willens sich gänzlich indifferent verhält, ja denselben überall nur als werthlose Accidenz gelten läßt. Zwar bedarf nun das Recht des besondern Willens nicht als reflektirten Organs, wie dies von der Pflicht gesagt werden muß; vielmehr gehört es zu seinem Wesen, reine Nothwendigkeit zu sein. Allein gleichwohl kann es doch nur durch den erscheinenden Willen reell werden. Eben aber, indem es denselben nur in Beziehung auf seine Verbote als accidentell setzt, läßt es ihn im Uebrigen frei und macht den

nicht widerrechtlichen Inhalt seines Wohls selbst zum Rechte, welches gleichfalls seine Erfüllung fordert. Daraus enstehen zweierlei Forderungen: 1) daß das Wohl der Person als Rechtsangelegenheit behandelt und verwirklicht werde, 2) daß das formelle Recht selbst als Wohl der Person sich realisire. Von diesen Forderungen, deren Erfüllung den Begriff des Staats zum Resultate hat, gehört die letztere hierher. Das Recht muß seine Form als bloß abstraktes Wesen aufheben und sich als das Wohl des erscheinenden Willens setzen, was freilich der Natur der objektiven Sittlichkeit gemäß nur so geschehen kann, daß es sich als reines Müssen, ohne Vermittlung durch die subjektive Ueberzeugung als eine ihm nothwendige Form, vollzieht. Allein gleichwohl muß es eben hiedurch für die Person, eine Sache ihres eigenen Interesses, ein Mittel für ihr Wohl werden, und eben nur hiedurch vollendet sich sein sittlicher Charakter.

Anm. — Wenn Wirth I. S. 102, wo er den strengen Begriff des Gesetzes erörtert, mit Recht seinen Charakter als reiner Nothwendigkeit heraushebt, gegen welche die erscheinenden Willen bloße Accidenzien seien, so hat er hiemit ganz Recht, da das Gesetz diesen seinen specifischen Charakter gegenüber der Pflicht, welche umgekehrt den subjektiven Willen als reflektirtes Organ verlangt, niemals verlieren kann. Allein er selbst spricht es treffend aus [1]), daß damit die Nothwendigkeit des Subjektwerdens der Rechtssubstanz keineswegs ausgeschlossen werde. Dieses Moment ist aber weiter zu verfolgen; es ist nicht dabei stehen zu bleiben, daß der Rechtsorganismus „auch ein Gebiet des Erlaubten kenne", oder „daß er die Individuen innerhalb ihrer individuellen Einheiten frei sich ausbreiten lasse." Viel-

1) Vgl. Wirth II. S. 82.

mehr muß bestimmter gesagt werden, daß der Einzelne mit seinem Wohl selbst einen Rechtsanspruch habe, daß dieses Wohl, soweit es eben die Schranken des formellen Rechts respektirt, selbst als Recht verwirklicht werden müsse. Darin liegen nun aber die beiden oben angegebenen Forderungen, welche wesentlich zusammengehören. Im System des subjektiven Idealismus ist gerade nur das Verhältniß der Wechselwirkung zwischen diesen beiden Forderungen ignorirt geblieben, während der Gegensatz zwischen Recht und Moral an sich relativ richtig bestimmt war. Dieser Gegensatz blieb in seiner Abstraktion, weil eben nur dies aufgefaßt wurde, daß das Moralgesetz nur durch das Medium der subjektiven Freiheit hindurch wirken, der Staat dagegen die Erfüllung der Rechtspflichten nicht von der Gesinnung abhängig machen könne. Wenn nun Wirth [1]) diese Abstraktion mit Recht tadelt, so ist es doch nicht genug, wenn er sagt, der Zweck des Staats sei gleichwohl, Rechtsgeist zu werden. Wenn er aber ferner darauf dringt, daß es das Sittliche selbst sei, was im Staate Realität gewinne, daß der Staat nur innerhalb des Systems der Sittlichkeit als die Einheit begriffen werden könne, in welcher alles einer allgemeinen und äußerlichen Bestimmung fähige Sittliche zur Wirklichkeit gelange, — so ist dies zwar sehr richtig; aber die Hauptsache wäre nun eben, zu zeigen, wie auch die dem Rechte eigenthümliche schlechthin nothwendige, die Vermittlung durch die Subjektivität verschmähende, zwangsweise Wirksamkeit gleichwohl als eine sittliche, d. h. das Allgemeine mit dem Besondern identisch setzende Wirksamkeit zu begreifen sei? Soll dies möglich seyn, so darf es eben

1) A. a. O. S. 86.

nicht bei jenem Verhältniß der abstrakten Substantialität bleiben, sondern das Recht muß mit sammt seiner absoluten Nothwendigkeit sich doch zugleich als ein Gut des besondern Willens, als ein Mittel für die Zwecke seines Wohls setzen, eben wie umgekehrt dieses Wohl selbst zu einer rechtlichen Angelegenheit erhoben werden muß. Uebrigens lag auch dieses Moment schon in dem subjektiven Idealismus, indem er den Staat nur als Schutzanstalt für das Leben und Eigenthum der Individuen, hiemit als „bloßes Mittel der außer und vor ihm fertigen Einzelnen" ansah. Die Unwahrheit lag hier wieder nur darin, daß Recht und Staat bloß diese Bestimmung haben sollten, während es ganz richtig war, daß sie dieselbe überhaupt haben. Eben dies aber ist das, was wesentlich hervorgehoben werden muß, wenn das Recht wahrhaft als sittliche Macht begriffen werden soll. Auch sind es in der That die wichtigsten, besonders für den Geist unsrer Zeit bedeutendsten Konsequenzen, die hieraus abzuleiten sind, wie die repräsentative Form der gesetzgebenden Gewalt, die Oeffentlichkeit der Rechtspflege ꝛc. Uebrigens sagt Wirth dasselbe, wenn er bemerkt: „In der That sind beide Betrachtungsweisen (des Rechts als des Zwecks gegen die Einzelnen, und desselben als Mittels für die Lebenszwecke der Individuen) eins in der Idee des Staats; er ist die Verwirklichung des Sittlichen zum geltenden Rechte, dieses Sittliche aber ist ebenso das eigenste Wesen der Einzelnen, ihre Bestimmung und ihr Lebenszweck, als eine in ihrer Unendlichkeit über das endliche Dasein und Wollen des Einzelnen hinausliegende Macht."

§. 172.

Der Stoff nun, an welchem diese Bestimmung des Rechts sich vollzieht, sind die Handlungen des besondern

Willens, welcher eben an seinen Handlungen seine eigenthümliche Bethätigungsweise hat. Einerseits bedarf nämlich das Recht selbst, welches als die Allgemeinheit die Einheit im Mannigfaltigen seyn muß, zu seiner Erscheinung eben eines solchen Mannigfaltigen, wofür es sich als die Regel zu setzen hat, — andrerseits ist es eine Sache des persönlichen Wohls, für den absoluten Zufall, der mit der unendlichen Bestimmtheit des individuellen Handelns eintritt, eine bleibende Regel zu haben, wie sie durch das Recht gegeben wird. Es muß nun aber das Recht in dieser seiner Beziehung auf die unendlich mannigfaltigen, singulären Akte des individuellen Willens eine dreifache Bestimmtheit annehmen: 1) muß es als die Allgemeinheit derselben überhaupt wirklich gesetzt sein; 2) muß es als dieses gesetzte Allgemeine auch für die einzelnen Willen und ihr Wissen gesetzt sein, und 3) muß es als die regelnde Einheit des Vielen auch wirklich an den singulären Akten der erscheinenden Willen objektiv geltend gemacht werden.

Anm. — Es ist eine relativ ganz richtige Wendung, wenn Hegel (§§. 209. 210.) die Rechtspflege an das System der Bedürfnisse anknüpft. Eben in dem Zusammenstoß, der feindlichen Kreuzung der verschiedenen Interessen, Bedürfnisse und Ansprüche der Individuen ergiebt sich von selbst die Nothwendigkeit einer Allgemeinheit, worunter das Gleichartige zu subsumiren, einer Norm, wornach das wirklich Kollidirende zu entscheiden sei. Das besondere Wohl wird von selbst zum Zusammenhang des Wohls weiter geführt. Der Wille reflektirt sich aus der einseitigen Form seiner Besonderheit wieder in seine Totalität; und den Proceß dieser Reflexion vollzieht, wie Hegel ganz richtig schildert, die Intelligenz und ihre Bildung, welche eben in der Reibung der sich durchkreuzenden besonderen Interessen entsteht. Verständige Sichtung und Vergleichung führt

zu dem allen besondern Interessen immanenten allgemeinen Interesse des Rechts. Indem nun aber so das Recht als Produkt der Reflexion über das Wohl erscheint, so erweist es sich zugleich auch wieder als substantieller, über die Interessen der Besonderheit unendlich übergreifender, sie zu seinem bloßen Erscheinungsmedium herabsetzender Selbstzweck.

1) Das Gesetz.

§. 173.

Das Recht, als die absolute Norm des objektiv Sittlichen, ist stets in einer von dem erscheinenden Willen unterschiedenen Formbestimmtheit gesetzt, d. h. es ist als die allgemeine Regel der dem socialen Leben angehörigen Handlungen für das Bewußtsein firirt und als solche bekannt, d. h. Gesetz. Durch diese Bestimmtheit ist es positives Recht, und zwar auch schon in Form der Sitte oder des Gewohnheitsrechts. Hiedurch giebt es sich aber an die Endlichkeit hin, und zwar 1) sofern überhaupt das, was Gesetz ist, von dem verschieden sein kann, was an sich Recht ist, 2) sofern es in den unendlich mannigfaltigen Verhältnissen der Familie, des bürgerlichen Verkehrs und des Staats in seiner äußeren Endlichkeit den Stoff seiner Anwendung findet und damit der örtlichen und zeitlichen Zufälligkeit sich preis giebt, 3) sofern es als gesetzte Allgemeinheit auf den einzelnen Fall anwendbar sein soll, der vermöge der Zufälligkeit der Endlichkeit vom Begriffe nicht vorher bestimmt werden kann, daher das Gesetz nach dieser Seite hin einen Spielraum haben muß, innerhalb dessen die Willkühr der Entscheidung sich bewegen kann [1]).

Anm. — Das Wesen ist allerdings das ewig Feste und Unwandelbare, was in allem Fluß und Wechsel

1) Hegel §. 212—214.

der Erscheinung stehen bleibt; ja, was hier fluktuirt und so mannigfache Bestimmtheit annimmt, ist nur die Idee selbst, die ihre Momente nur allmälig in's Dasein treten läßt, wo denn freilich bald das eine, bald das andere zur Herrschaft gelangt und so den örtlich und zeitlich verschiedenen Rechtsbildungen das verschiedenste Gepräge ertheilt. Indessen ist unter den oben angeführten Mängeln, welche der Uebergang des Wesens in die Erscheinung mit sich führt, ein Unterschied, sofern die beiden ersteren ihre Aufhebung nur in der Gewißheit der weltgeschichtlichen Entwicklung der Rechtsidee und der fortgehenden Vervollkommnung ihres endlichen Lebens finden, der dritte dagegen in der Sache selbst seine Erklärung und damit seine Rechtfertigung findet. — Es wird hie und da der Philosophie zum Vorwurfe gemacht, daß sie keineswegs eine absolute Norm aufstellen könne, welche für alle Zeiten Geltung hätte, daß sie also z. B. auch nicht festzustellen wisse, welche Handlungen unwandelbar als Verbrechen anzusehen, und welche Uebel als Strafen festzusetzen seien. Man hat es in der That der Philosophie schon übel genommen, ja sogar darin eine bösliche Täuschung des Publikums sehen wollen, daß sie offen gesteht, sie könne nicht der endlichen Erscheinung in Ort und Zeit sozusagen das Kleid auf den Leib anmessen, vielmehr trete hier das Gesetz der Erscheinung ein, welchem die Philosophie der Geschichte nur im Großen, nicht aber in allem Einzelnen nachrechnen könne. Die Urheber jenes Vorwurfs beweisen nur, daß sie von dem Gegenstande und der Würde der Philosophie keinen Begriff haben, und daß es auf die Fragen, welche sie an dieselbe richten zu müssen meinen, schlechthin keine Anwort giebt [1]). Wenn sie aber etwa

1) S. auch Abegg, Strafrechtstheorien. S. 59.

meinen, daß die Philosophie deshalb, weil sie das Recht des Positiven und der Geschichte anerkennt und aus diesem Grunde auf jene unschicklichen Fragen aufzumerken verschmäht, etwas Ueberflüssiges und Unpraktisches sei, so beweisen sie damit, daß sie auch von dem, was in Wahrheit das Praktische zu nennen ist, keine Vorstellung haben. Das schlechthin Unpraktische ist es jedenfalls, sich einzubilden, es müsse irgendwo ein Orakel geben, das ein für allen Wechsel der Zeiten gleiches Recht zu vernehmen gäbe. Dagegen besteht das wahrhaft Praktische darin, das positive Recht der Gegenwart und die Geschichte seiner Bildung genau zu erforschen, hiebei aber nicht stehen zu bleiben, sondern sofort sich klar zu machen, welche Stufe in dem Entwickelungsgange der Idee dieses positive Recht überhaupt, und näher seine gegenwärtige Gestalt ausdrücke, und wohin dem gemäß das Absehen derer gerichtet sein müsse, denen es zukommt, die Weiterbildung jenes positiven Rechts zu leiten. Das nämlich versteht sich ja wohl von selbst, daß die Philosophie das Positive nicht in Bausch und Bogen anerkennt, sondern daß sie an der Rechtsidee — zwar nicht ein für alle Zeiten, Nationen, Sitten, Kulturstufen 2c. passendes Universalrecept, dagegen allerdings einen untrüglichen Prüfstein für den Werth jeder zeitlichen Entwickelungsstufe und ein Mittel hat, um zu erkennen, wie die Bildung dieser Zeit weiter zu fördern sei. — Noch viel kläglicher ist übrigens das Mißverständniß, wenn der Philosophie ein Vorwurf daraus gemacht wird, daß sie das Geständniß ausspricht, für die Anwendung des Gesetzes auf den konkreten Fall könne die Begriffsbestimmtheit nur eine allgemeine Grenze angeben, innerhalb deren noch ein Hin- und Hergehen stattfinde, so daß, da

dieses zum Behuf der Verwirklichung abgebrochen werden muß, eine innerhalb jener Grenze zufällige und willkührliche Entscheidung eintrete. Weil sie als Princip die Wiedervergeltung nach dem gleichen Maße aufstellt, so hat man ihr wohl gar zugemuthet, etwa eine Tabelle, eine arithmetische Regel beizubringen, wornach man sich die Rechnung für jeden einzelnen Fall machen könnte. Allein es ist ja doch klar, daß das Gesetz seinem Begriffe nach eine abstrakte Natur haben muß, ja daß es eben um so schlechter ist, je kasuistischer es den unberechenbaren Reichthum der konkreten Fälle seiner Anwendung voraus zu berechnen versucht. Das Gesetz kann sich dieser quantitativ und qualitativ in's Unendliche gehenden Mannigfaltigkeit gegenüber nur als Maß verhalten, welches sofort innerhalb einer allgemeinen Grenze der Willkühr der Entscheidung einen Spielraum lassen muß. Es ist schlechthin thöricht, Gesetze zu verlangen, die auf einen einzelnen Fall passen sollen, wie zwei kongruente Dreiecke auf einander passen. „Die Vernunft ist es selbst, welche anerkennt, daß die Zufälligkeit, der Widerspruch und Schein ihre, aber beschränkte, Sphäre und Recht hat, und sich nicht bemüht, dergleichen Widersprüche in's Gleiche und Gerechte zu bringen; hier ist allein noch das Interesse der Verwirklichung, das Interesse, daß überhaupt bestimmt und entschieden sei, es sei auf welche Weise es (innerhalb einer Grenze) wolle, vorhanden. Wollte man sich gegen diese Zufälligkeit erklären, so würde man eine Abstraktion aussprechen. Das Quantitative einer Strafe kann z. B. keiner Begriffsbestimmung adäquat gemacht werden; und, was auch entschieden wird, ist nach dieser Seite zu immer eine Willkühr. Diese Zufälligkeit aber ist selbst nothwendig, und wenn man daraus etwa

gegen ein Gesetzbuch überhaupt argumentirt, daß es nicht vollkommen sei, so übersieht man eben die Seite, woran eine Vollendung nicht zu erreichen ist, und die daher genommen werden muß, wie sie liegt. (Hegel §. 214. Anmerk. und Zusatz). — Die neuen Kriminalgesetzgebungen sind durch das Bedürfniß auf diese Einsicht geführt worden, und haben es daher für die Regel aufgegeben, absolut bestimmte Strafen festzusetzen, an deren Stelle sie sich vielmehr mit Strafrahmen begnügen, innerhalb deren der Richter sich auf und ab bewegen kann.

2) Das Dasein des Gesetzes.

§. 174.

In der Nothwendigkeit der allgemeinen Verbindlichkeit des Gesetzes liegt die Forderung, daß es auch im Dasein, für das Bewußtsein derer, die es verbinden soll, die Form der Allgemeinheit haben, d. h. daß es allgemein bekannt gemacht sei. Zwar wird nicht erst hiedurch die allgemeine Verbindlichkeit begründet, welche vielmehr dem Rechte auch in der Form des Gewohnheitsrechts zukommt; aber es ist ein Unrecht des Staats, wenn er bei erwachender Bildung jene Forderung zu befriedigen unterläßt.

Anm. — Positives Recht, hiemit allgemein verbindliche Norm des Handelns, ist auch das Gewohnheitsrecht [1]); denn auch so ist das Recht das Gemeinbewußtsein Aller über das Allgemeine und Substantielle in ihren socialen Verhältnissen. Daher kann ein Strafrecht ausgeübt werden auch ohne förmlich geschriebenes Gesetz. Es ist nicht nöthig, daß man erst förmliche Gesetze mache, um damit abzuschrecken und sofort an demjenigen ein Exempel zu statuiren, welcher sich

1) Ueber seine Bedeutung im Strafrechte s. Luden Handb. I. S. 134 bis 140. Puchta, Gewohnheitsrecht II. S. 240 ff.

nicht abschrecken läßt. In diesem Sinne ist daher der Feuerbachische Satz: Nulla poena sine lege unwahr. Dagegen ist es allerdings eine wohl begründete, viel weiter gehende Forderung, daß das positive Recht überhaupt in ein Gesetzbuch redigirt werde. (Hegel §. 215). Und, wenn nun dieser Forderung Genüge geschieht, so hat dies allerdings noch den weiteren Effekt, daß nunmehr die Rechtsunwissenheit allen Grund zur Entschuldigung vollends verliert und selbst bei Polizeiübertretungen nicht mehr von der Verantwortlichkeit befreien kann. — Auch der lange Streit über Kodifikation übrigens, in welchem sich die historische Schule ihr Prognostikon selbst am besten gestellt hat, ist wenigstens im Gebiete des Strafrechts auf dem Wege des Bedürfnisses ganz im Sinne der Philosophie zur Entscheidung gebracht worden. — Darüber sodann, daß es absurd sei, an ein Gesetzbuch die Vollendung zu fordern, daß es ein absolut fertiges, keiner weiteren Fortbestimmung fähiges seyn solle, und hiemit den wesentlichen Unterschied zwischen einem Vernunft-Allgemeinen und einem Verstandes-Allgemeinen, bei welchem die Vollkommenheit nur in dem Perenniren der Annäherung besteht, ganz zu verkennen, s. Hegel §. 216 Anm. und Zus. — Leider kommt bei dem gemeinen deutschen Strafrechte der Gedanke der unendlichen Perfektibilität eines Gesetzbuchs nur in Verbindung mit einer ganzen Reihe zufälliger historischer Uebelstände zur Sprache, da hier Wissenschaft und Praxis die Lücke ausfüllen mußten, welche durch das Einschlafen und Blindwerden der gesetzgebenden Gewalt entstand [1]).

1) s. Wächter Gemeines Recht in Deutschland.

3) Die Rechtspflege.

§. 175.

Das so im Dasein und Bewußtsein gesetzte Allgemeine ist endlich als das objektiv Sittliche auch wirklich zur Realität zu bringen, d. h. es ist gegen die individuellen Willensakte, welche ihm ihre besondern Interessen entgegensetzen, zu jeder Zeit als die einzig giltige Regel des socialen Daseins darzustellen. Diese Operation setzt als Organ einen Willen voraus, der, ungetrübt von subjektiven Einflüssen, nur das Substantielle als solches zu wollen und zu verwirklichen fähig ist, hiemit eine öffentliche Macht, die nicht nach dem Gefühle, sondern nach objektiven Gründen und Regeln entscheidet, — die Rechtspflege durch das Gericht. Diese öffentliche Macht hat sonach die Bestimmung, das Recht, als das Substantielle an allen singulären Akten und Verhältnissen der socialen Individuen, zugleich für deren Bewußtsein, als ihr eignes Wohl, zu verwirklichen. Indem sie aber die ganz singulären Lebensäußerungen des Individuums zum Objekte hat, so muß sie, wenn sie nicht in Gewissensrichterei ausarten soll, sich auf solche Handlungen beschränken, in welchen die Negation des Rechts sich schon auf irgend eine Weise ein bestimmtes Dasein gegeben hat. Solche Akte sind aber ganz besonders die Verbrechen, welche nach objektiv gesetzlichem Gange wieder aufzuheben und dagegen die ewige und allgemeine Giltigkeit des Rechts zu bestätigen, mithin zu den Hauptaufgaben der Rechtspflege gehört.

Anm. — Das Nähere über die Begründung der Rechtspflege muß hier wieder aus der Rechtsphilosophie überhaupt vorausgesetzt werden. So viel ist aber klar, daß die Forderung der Rechtspflege überhaupt sich nur mit der Forderung des Gerichts, als eines von der subjektiven Empfindung des konkreten Falls ungeirrten

Willens vollendet, sowie, daß das Gericht das Dasein und Bekanntsein des Gesetzes zur Voraussetzung hat. Sodann handelt es sich aber auch hier noch nicht davon, die Rechtspflege als solche darzustellen, was vielmehr erst den dritten Theil der vorliegenden Entwicklung des Strafrechts auszumachen hat; sondern es genügt, sie als diejenige öffentliche Funktion aufgeführt zu haben, deren Bestimmung es ist, das Recht als die absolute Norm des socialen Daseins an den singulären Akten und Verhältnissen der Individuen unaufhörlich, und zwar als deren eigenes Wohl, zu verwirklichen, namentlich also auch die Wiederherstellung des Rechts aus der durch das Verbrechen gesetzten Negation in objektiv gesetzmäßigem Gange zu leiten. Das Recht hat sich aber näher als gesetztes Recht, als daseiendes und für das Bewußtsein seiendes Gesetz bestimmt. Hiemit erscheint das Verbrechen als gesetzwidrige Handlung.

II. Die gesetzwidrige Handlung.

§. 176.

Dem Rechte, als nothwendig positiv gesetztem, gegenüber bestimmt sich nun die rechtsverletzende Handlung näher als gesetzwidrige Handlung. Hiemit tritt sie aber unter verschiedene Gesichtspunkte, 1) als objektive Gesetzesübertretung, wornach sie ihren verbrecherischen Charakter eben nur in Beziehung zu dem wirklich im Dasein und für das Bewußtsein gesetzten Rechte erhält, 2) als subjektiv gesetzwidrige Handlung, sofern die Wirklichkeit der kriminalistischen Schuld nun gerade das für das allgemeine Bewußtsein gesetzte Dasein eines objektiven Pflichtenkreises als Gegenstand ihrer Entgegensetzung voraussetzt. Indem aber

3) das Verbrechen hiemit als eine das im allgemeinen Bewußtsein gesetzte Recht verletzende Handlung erscheint, ist es zugleich in Beziehung auf den allgemeinen socialen Zustand gesetzt, und erweist sich hiernach auch als gefährliche Handlung.

1) Die objektive Gesetzesübertretung.

§. 177.

Die Sittlichkeit in der Potenz des Rechts kann überhaupt nur in einem nach Art und Größe bestimmten Dasein verletzt werden, weil sie der objektiven Existenz angehört. Es liegt aber darin noch das Weitere, daß dieses quantitativ und qualitativ bestimmte Recht auch ein durch Gewohnheit oder förmliches Gesetz für das allgemeine Bewußtsein seiendes Dasein haben muß. Ein Verbrechen muß daher immer die Uebertretung eines Gesetzes im wahren Sinne, d. h. die Uebertretung einer positiven Rechtsbestimmung seyn.

Anm. — In diesem Sinne [1]) hat der Feuerbachische Grundsatz: Nulla poena sine lege seine vollkommene Anwendbarkeit. Es ist aber klar, daß ihm dann eine völlig andere Bedeutung beigelegt werden muß, als er sie bei dem Urheber der psychologischen Zwangstheorie hatte [2]), der entschieden genug ausspricht, daß lediglich die Androhung eines Uebels durch das Gesetz den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe begründe. Nicht nur ist hier stets ein förmliches, zum Zwecke der Abschreckung gegebenes Gesetz, sondern es ist auch noch weiter vorausgesetzt, daß die Strafbarkeit eben nur in dem Sich nicht abschrecken lassen bestehe. Beides ver-

---

1) Vrgl. Marezoll Lehrb. S. 54—56. Luden Hdbch. I. S. 5. 6. 13. 14.

2) Feuerbach Lehrb. §. 20.

hält sich aber nach unsrer Auffassung umgekehrt. Man sieht hiebei, daß die spekulative Philosophie der Wirklichkeit keineswegs den Krieg erklärt, vielmehr die Positivität des Rechts fordert, ja dieselbe gegen die kritische Philosophie in Schutz nimmt, welche zwar auch Gesetze im Strafrechte verlangte, aber eben nur neue, nach ihrem Sinn verfaßte, wogegen sie das bestehende Recht nur, nothgedrungen, und in demselben nur das durch förmliches Gesetz, nicht auch das durch Gewohnheit Gewordene respektirte. Freilich soll aber mit dem Obigen nicht gesagt seyn, daß es gleichgiltig sei, ob bloße Strafgewohnheiten oder förmliche Strafgesetze bestehen. Im Gegentheil ist es schon oben als eine heilige Pflicht des Staats bemerklich gemacht worden, förmliche Strafgesetze zu erlassen und möglichst allgemein bekannt zu machen. Hiedurch entsteht dann allerdings auch die Möglichkeit der abschreckenden Wirkung der Strafgesetze, welche Qualität als eine sehr zweckmäßige anzuerkennen ist; aber weder kann dieser psychologische Zwang als Grundlage des Strafrechts überhaupt, noch kann das Verbrechen dafür angesehen werden, als wäre es erst durch das gesetzliche Verbot eine strafwürdige Handlung geworden [1]). Sehr richtig bemerkt Marezoll, schon die Natur bringe es beim Strafrechte mit sich, daß seine positive Ausbildung vorzugsweise der eigentlichen Legislation anheimfallen müsse, und daß nur, wo diese ihre Schuldigkeit nicht thue, mit Nothwendigkeit auch hier dem Gewohnheitsrechte wieder ein freierer Spielraum werde gestattet werden müssen, als er ihm eigentlich zukomme. Diese Bemerkung ist vornämlich für das

---

1) Heffter Lehrb. §. 18—20. Luden, Hdbuch. I. S. 14. Rossi III. S. 221 ff.

gemeine deutsche Strafrecht in den letzten Jahrhunderten praktisch gewesen, und eben hieran knüpfen sich die traurigen Kontroversen über das Verhältniß zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht im deutschen Strafrechte, welche eben deshalb auch nur historischen Werth haben [1]). Thatsache ist, daß hier die legislative Gewalt „ihre Schuldigkeit Jahrhunderte lang nicht gethan," und daher an die Stelle der positiven Satzungen ein Gerichtsgebrauch sich gesetzt hat, der im höchsten Maße derogatorisch war. Hatte man bis um die Mitte des 18ten Jahrhunderts noch einigermaßen den Schein der Gesetzlichkeit gewahrt, so brachen seitdem vor der Macht der Nothwendigkeit alle Dämme, und das Recht des Lebens ward allmälig ein ganz neues, natürlich sehr buntscheckiges. Nun war es freilich eine schlimme Lage für die Kriminalisten des 19ten Jahrhunderts, wenn sie einerseits die Thatsache anerkennen mußten und andrerseits sich scheuten, theoretisch dem Gewohnheitsrecht die Macht einzuräumen, die es sich praktisch genommen hatte [2]). Während einerseits Feuerbach die ungeheuren Aenderungen, welche die Praxis eingeführt hatte, nur (wie Staatsrevolutionen) als Thatsache, nicht als Recht anerkennen wollte, Martin sie sogar geradezu ganz ignorirte, so drehten und wanden sich fast alle Uebrigen, so gut es eben gieng, um das, was praktisch nicht zu läugnen war, auch theoretisch bald mehr, bald minder probabel zu machen. Man darf sich jetzt

1) Vgl. darüber z. B. Feuerbach Lehrb. §. 5 Anm. mit Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 240 ff. Luden Hdbch. I. S. 134—140. Besonders aber Wächter Gem. Recht in Deutschland. S. 110—143.

2) Auch dies ist übrigens geschehen von Schröter Hdbch. I. §. 31. Stübel Krim.-Verfahren III. S. 146. Jordan Auslegung der Strafgesetze. S. 107—109.

wohl gestehen, daß der Zustand ein trostloser war, wie denn auch die betreffenden Bestimmungen der Kriminalisten [1]), welche sich zwischen den Extremen halten wollten, bald vag, bald widersprechend lauten. — Sieht man nun von dieser historischen Fatalität ab und sucht das Verhältniß zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht aus der Natur der Sache zu bestimmen, so wird man zunächst festhalten müssen, daß jedenfalls das Gesetz die reifere Form gegenüber der Gewohnheit ist. Nur freilich setzt dieser Satz voraus, daß das Gesetz auch wirklich seine Bestimmung erfülle, der Ausdruck des wirklichen allgemeinen Wissens und Willens einer Nation zu seyn, eine Qualität, welche ihm durch die von dem modernen Staatsbewußtsein geforderte Repräsentativ-Verfassung am sichersten garantirt wird. Da nun ein Gesetz jedes Mal, wenn es in's Leben tritt, die Aufgabe hat, jenes allgemeine Wissen und Wollen unmittelbar auszusprechen, so liegt es in der Natur der Sache, daß es ein derogirendes Gewohnheitsrecht gegen sich nicht anerkennen kann, wenn es sich nicht selbst verdammen will. In einem wohlorganisirten Staate kann die Frage nach der Berechtigung einer solchen derogatorischen Gewohnheit gar nicht entstehen, weil es hier in der Voraussetzung liegt, daß alle diejenigen Elemente, welche allein der Gewohnheit ihre rechtliche Kraft verleihen, schon auf dem Wege der Gesetzgebung selbst ihre richtige Auffassung und rechtzeitige Erledigung finden. Daraus rechtfertigt es sich denn auch, wenn unsre neuen Strafgesetzbücher eine vom Gesetze abweichende Praxis verpönen. Andrerseits aber ist die Ungiltigkeit einer solchen derogirenden Praxis eben auch nur dadurch be-

---

1) Vgl. z. B. Mittermaier zu Feuerbach a. a. O. Heffter §. 15. Marezoll §. 21. 40. Luden I. S. 106 vgl. S. 134 ff.

dingt, daß die Gesetzgebung wirklich „ihre Schuldigkeit thut," daher für den entgegengesetzten Fall Puchta [1]) vollkommen Recht hat, wenn er der Praxis jenes Recht einräumt. Denn, obgleich das Gewohnheitsrecht als die minder vollkommene Erscheinungsform des Rechts betrachtet werden muß, so wohnt ihm gleichwohl dieselbe rechtliche Lebenskraft bei, wie dem förmlichen Gesetze. Das Eine, wie das Andere, hat den letzten Grund seiner Giltigkeit nur darin, daß es als Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung auftritt. Sollte daher in der Zukunft das geschriebene Recht wiederum in Widerspruch mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung kommen, ohne daß die Gesetzgebung ihrer Pflicht nachkäme, so würde sich gegen dasselbe ein neues Gewohnheitsrecht mit derselben rechtlichen Nothwendigkeit geltend machen, wie dies gegenüber den Quellen des gemeinen deutschen Strafrechts geschehen ist [2]). Auch wäre die Giltigkeit eines solchen neuen Gewohnheitsrechts keineswegs von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung des Gesetzgebers abhängig, welche Bedingung man hie und da aufstellt [3]). Indessen hat auch noch außerdem, d. h. auch in dem Falle pflichtmäßiger Aufmerksamkeit und Thätigkeit der Gesetzgebung die Praxis immer noch ihren, freilich beschränkten, Werth. Denn nicht nur ist es dem Begriff eines guten Gesetzes zuwider, auch nur für die Gegenwart den Richter vollkommen binden zu wollen, sondern es geht auch noch weiterhin aus der Einsicht in die perennirende Perfektibilität des positiven Rechts [4]) die Nothwendigkeit für die Gesetzgebung her-

1) Gewohnheitsrecht II. S. 247. 248. 261. A. M. Mittermaier a. a. O.

2) S. Wächter a. a. O. S. 113—122.

3) S. Heffter §. 15. n. 5. §. 24. dagegen Luden a. a. O.

4) Hegel §. 216.

vor, bei der Praxis selbst in die Schule zu gehen. Nur freilich wird in diesem Sinne die Praxis in ein solches organisches Verhältniß zur Gesetzgebung treten, daß ihr durch die letztere jedes Mal im entscheidenden Augenblicke die Nothwendigkeit erspart wird, sich als selbständige Rechtsnorm geltend zu machen.

§. 178.

Daraus folgt, daß eine Handlung, welche vom Gesetze gestattet ist, kein Verbrechen seyn kann, sollte sie auch abgesehen davon die Natur des Verbrechens zu haben scheinen. Hiernach liegt kein Verbrechen vor, wo die rechtsverletzende Handlung vom Gesetze entweder geduldet oder sogar geboten, oder wo dem Gegenstande derselben durch das Gesetz diejenige Eigenschaft entzogen ist, vermöge welcher eben die fragliche Handlung den Charakter der Rechtsverletzung hätte.

Anm. — Diese Bestimmung hat freilich in einem philosophischen Systeme des Strafrechts wenig Werth, während sie im gemeinen deutschen Strafrecht allerdings Bedeutung hat und noch größere hatte. Doch ist auch hier das Meiste, was ehemals zu erwähnen war, von der modernen Kultur absorbirt worden. So denn mehrere Fälle der sogenannten erlaubten Selbsthilfe [1]), desgleichen die Menge von Fällen strafloser Handlungen an Geächteten, Zigeunern und sonstigen Rechtlosen [2]). Was jetzt noch unter der betreffenden Kategorie zu erwähnen ist, beschränkt sich auf Weniges. 1) Fälle, wo das Gesetz eine Handlung duldet, in welcher außerdem eine Rechtsverletzung liegen würde. Hier sind von den vielen straflosen Tödtungen des älteren Rechts nur geringe Reste übrig geblieben, die größtentheils noch dazu jetzt unter die Kategorie der Nothwehr zu stellen sind, mithin

1) Wächter Lehrb. I. S. 93. 94.
2) Abegg Untersuchungen. n. 2.

nichts Eigenthümliches mehr haben [1]). Im Grunde kann man nur noch die auch nach vollbrachter Entwendung gegen den fliehenden Dieb oder Räuber noch gestattete Selbsthilfe und was dem ähnlich ist, hieher zählen [2]), die denn übrigens auch ganz nach den von der Nothwehr geltenden Grundsätzen behandelt werden [3]). 2) Fälle, in welchen eine derartige Handlung vom Gesetze sogar geboten ist, näher, wo sie entweder in einer Dienstpflicht oder in einem gesetzlich vollkommen verbindlichen Befehle [4]) ihre Rechtfertigung findet. Im ersten Falle entscheidet das konkrete Dienstgesetz, woraus eben die fragliche Berechtigung geschöpft werden muß, die Frage wird besonders wichtig bei Militärpersonen und untergeordneten Dienern der Obrigkeit, wie Zoll-, Forst-, Jagdoffizianten, wo es sich davon handelt, ob sie von ihren Waffen Gebrauch machen dürfen, aber auch bei höheren öffentlichen Dienern, wo sie, die Freiheit Andrer beschränkende, gesetzlich verbindliche Befehle zu ertheilen haben [5]). Im zweiten Falle ist, wie Luden [6]) treffend sagt, vorausgesetzt, daß der Befehl dem Gehorchenden als das im einzelnen Falle anzuwendende Gesetz selbst erscheinen muß, was nur in dem Subordinationsverhältnisse des öffentlichen Dienstes vorkommen kann, wo der Untergeordnete durch das Dienstgesetz verbunden ist, den Befehlen seines Vorgesetzten, den er als Organ des Gesetzes anzusehen hat, Folge zu leisten. Auch in

---

1) Abegg a. a. O. S. 89 ff. 123 ff. 223. ff. 333 ff.

2) Wächter Lehrb. I. §. 53.

3) Wirtemb. Strafgb. Art. 102. Hufnagel I. S. 222.

4) Wie Heffter §. 57. n. 6 diesen unter die Gründe der Zurechnungsfähigkeit stellen kann, ist unklar.

5) Luden Handb. I. S. 323. 324.

6) A. a. O. S. 311.

dieser Sphäre erkannte das gemeine Recht noch andre Verhältnisse an, in welchen ein vollkommen verbindlicher Befehl mit derselben Wirkung vorkommen sollte, insbesondere die väterliche Gewalt und Dienstherrschaft. Allein die richtigere Meinung ist wohl, daß schon das gemeine Recht hier nicht unter allen Umständen Straflosigkeit des Gehorchenden annehme [1]). Jedenfalls haben neuere Gesetzgebungen dem modernen Rechtsbewußtsein gemäß den entgegengesetzten Grundsatz entschieden aufgestellt, wenn gleich der Befehl mit Recht wenigstens unter die Strafmilderungsgründe gestellt wird [2]). Aber auch im Subordinationsverhältnisse des öffentlichen Dienstes werden mit Recht noch weitere Bedingungen gefordert, nämlich: daß der Befehl von der kompetenten Behörde, welcher der Handelnde zum Gehorsam verpflichtet war, ausgegangen, daß er in der gesetzlich gültigen Form erlassen worden sei, und daß er eine im Kreise der dienstlichen Funktionen des Gehorchenden liegende Handlung betreffe [3]). Ja, noch außerdem wird mit Recht gefordert, daß der Subalterne, wenn er den widerrechtlichen Charakter des Befehls kenne und zum Remonstriren noch Zeit habe, letzteres zu thun verpflichtet sei [4]). Auch hier ist also die Straflosigkeit sehr beschränkter Natur [5]). — 3) Fälle, in welchen in Folge gesetzlicher Anordnung dem Gegenstande der Handlung gerade diejenige Eigenschaft mangelt, unter deren Vor-

---

1) Wächter Lehrb. I. §. 60. vgl. §. 68. not. 30. Luden I. S. 315.

2) Vrgl. Anm. zum baier. Gb. I. S. 305—307. Hufnagel III. S. 138.

3) Bair. Gb. Art. 122. Wirt. Gb. Art. 403. Hannövr. Gb. Art. 15. Braunschw. Gb. Art. 251. Hess. Gb. Art. 40.

4) Breidenbach Komm. I. S. 553.

5) Abegg Unters. S. 90—106.

aussetzung allein die Handlung den Charakter der Rechtsverletzung haben würde. Auch hier können weiter unterschieden werden: Fälle, da gewisse Personen oder Klassen von Personen überhaupt gesetzlich als rechtlos zu betrachten, und Fälle, da einer Person nur bestimmte Rechte auf gesetzlichem Wege abgesprochen sind. Was die ersten betrifft, so ist es hier namentlich der Fall, daß der Fortschritt der Civilisation die Reihen gelichtet hat [1]. Indessen behauptet doch noch Feuerbach, daß an einem zum Tode Verurtheilten keine Tödtung begangen werden könne, daß ebensowenig gegen einen eigenmächtig zurückkehrenden Verwiesenen ein Verbrechen, gegen einen für ehrlos Erklärten eine Injurie möglich sei [2]. Abegg hat jedoch in der mehr angeführten Abhandlung [3] zur Genüge nachgewiesen, daß diese Behauptungen weder philosophisch, noch positivrechtlich haltbar seien. Man wird vielmehr nur noch die erlaubte Tödtung eines Monstrums hierherstellen können, wo nicht auch dieser Fall durch Partikularrecht [4] aufgehoben ist. Am ehesten würde noch der Zustand des Kriegs den Grundsatz strafloser Tödtung auch noch in modernen Rechtsverhältnissen zu rechtfertigen scheinen. Indessen ist auch hier das neuere Völkerrecht weit humaner, als das frühere, sofern es dem Nichtmitstreitenden gegen fremde Krieger und Unterthanen des feindlichen Staats nur ein (etwa den Umständen gemäß etwas erweitertes) Recht der Nothwehr, und ein Recht des Angriffs nur etwa bei einem erklärten Vernichtungs-

1) Abegg a. a. O. S. 78 ff. 293. ff. 362.
2) Lehrb. §. 34. 40.
3) Vrgl. Abegg im N. Arch. IX. S. 620 ff. Gesterding Ausbeute I. S. 369 ff. Rossi II. S. 9.
4) S. z. B. Preuß. L. R. §. 718.

kriege gestattet [1]). Eine andre Frage ist dann wieder, ob nicht aus dem Kriegszustande für rechtsverletzende Handlungen gegen feindliche Soldaten wenigstens ein Strafmilderungsgrund abzuleiten sei? Gleichfalls nicht hierher gehört die Frage, ob rechtsverletzende Handlungen gegen fremde Staaten oder deren Unterthanen (falls die Handlung im Auslande verübt wird) als gesetzlich gestattet zu betrachten seien [2])? Denn ihre Beantwortung setzt den Begriff des, allerdings nothwendig räumlich abgeschlossenen, Staats voraus, wovon erst unten zu handeln ist. Daß die Frage im Allgemeinen zu verneinen ist, versteht sich zwar von selbst, da das Recht überall irgendwie als Gesetz Dasein hat. Die Frage hat aber eben nur die Bedeutung, ob der eine Staat Handlungen strafen dürfe, welche gegen einen andern gerichtet sind? Was aber die Frage angeht [3]), wie es zu halten sei, wenn die Wirksamkeit einer gesetzlich bestehenden Strafdrohung suspendirt erscheint, z. B. in einem unter Feindesgewalt stehenden Lande, so liegt die Antwort im Grunde schon in der Frage selbst; sie ist rechtlich leicht, aber faktisch kann sie allerdings von höchster Bedenklichkeit seyn. — Was dagegen die Fälle betrifft, wo einer Person nur ein bestimmtes Recht auf gesetzlichem Wege abgesprochen ist, so reduciren sie sich auf den Einen Fall der Absprechung bestimmter Ehrenrechte, z. B. des Adels, einer Würde u. dgl. [4]). —

---

1) Heffter §. 37. not. 2. Literatur bei Feuerbach §. 34. not. a. und Mittermaier not. 1. a. a. O.

2) Feuerbach §. 40. Heffter §. 35 not. 2.

3) Heffter §. 35. not. 3.

4) Henke I. S. 200. Heffter §. 37. not. 3.

Daß die gewöhnlich [1]) noch weiter hierher gestellten Fälle der Nothwehr, des Nothstands, der Verletzung seiner selbst oder eines einwilligenden Dritten theils an sich falsch beantwortet seien, theils wenigstens nicht an diese Stelle gehören, hat sich theilweise schon oben, und wird sich noch ferner weiter unten ergeben.

2) Die subjektiv gesetzwidrige Handlung.

§. 179.

Wenn gleich (s. §. 158) das Verbrechen seine Natur nicht erst dadurch erhält, daß es positiv als solches aufgestellt und mit Strafe bedroht wird, so gehört es doch andrerseits auch wesentlich zur Erscheinung des Verbrechens, daß ein Gesetz dadurch übertreten werde. So wenig nun aber der Uebertreter eines solchen Gesetzes das specielle Gesetz gekannt haben muß, um verbrecherische Schuld auf sich zu laden, so gewiß muß er doch auf diejenige Stufe der Bildung vorgerückt sein, auf welcher das Bewußtsein entsteht, daß das objektiv Sittliche überhaupt in einem Kreise von objektiven Institutionen und Gesetzen sich firirt habe, daß hiemit eine Entgegensetzung dagegen nicht bloß einen beschränkten subjektiven Pflichtenkreis, sondern einen Kreis objektiver, d. h. nöthigenfalls mit Zwang zu realisirender Verbindlichkeiten verletze. Dieses Bewußtsein entsteht jedoch nicht sogleich mit der erwachenden Zurechnungsfähigkeit überhaupt, welche vielmehr bei dem gesunden Menschen längere Zeit schon vorhanden ist, ehe ihm seine Stellung zu jener objektiven Welt des substantiellen Willens klar wird, da er vielmehr noch innerhalb der, nicht auf dem Princip des Rechts, sondern auf dem moralischen ruhenden Welt der Familie

1) Auch von Abegg Lehrbuch S. 161 ff.

sein sittliches Centrum hat. Wenn also gleich der Mensch auch vor dem Eintritt jenes Bewußtseins zurechnungsfähig ist, so ist er es doch nicht kriminalistisch; er kann zwar Schuld, aber nicht verbrecherische Schuld auf sich laden. Denn das gesetzte Recht kann nur von einem Willen verletzt werden, für welchen es als solches da ist. Auch geschieht es erst auf dieser Stufe der Entwicklung, daß das Subjekt die Möglichkeit wird, sich gegen die in dasselbe sich kontinuirenden Reize der äußeren und seiner eigenen Natur frei zu erhalten [1]), und daher mit derjenigen Willkühr zu handeln, welche die Voraussetzung der verbrecherischen Schuld bildet. Hieraus geht als praktisches Resultat hervor, daß von wirklichen Verbrechen, welche gesetzwidrige Handlungen und zwar, wenn gleich nicht gegen ein speciell gekanntes Gesetz gerichtet, so doch im Allgemeinen mit dem Bewußtsein begangen sein müssen, daß die objektive Welt der Sittlichkeit als ein Kreis äußerer Gesetze und Institutionen bestehe, bei solchen Individuen nicht die Rede sein kann, bei welchen ein solches Bewußtsein vermöge des natürlichen Entwickelungsgangs der erst werdenden Intelligenz und Freiheit, oder vermöge einer krankhaften Entwicklung noch gar nicht eingetreten oder auch wieder verdunkelt worden ist, also nicht bei Kindern vor einem gewissen Alter, bei Taubstummen, bei von Natur Blödsinnigen, bei partiell Wahnsinnigen oder völlig Wahnsinnigen in ihren etwaigen lichten Zwischenräumen.

Anm. — „Die Schuld, dem Inhalte ihres Begriffs nach, ist die Verbindlichkeit, der verletzten Pflicht Genugthuung zu leisten. Der Begriff des Schuldig, noch abgesehen von ihm als Prädikat einer Unthat, ist mit dem des Sollens, welcher in dem Verhältnisse der Pflicht zum subjektiven Willen als seines Wesens liegt, iden-

1) Wirth Ethik I. S. 121.

tisch, und: Du bist schuldig, diese Pflicht zu erfüllen, — heißt darum dasselbe, wie: Du sollst sie erfüllen"[1]). Hievon sind es nur weitere Konsequenzen, wenn die Schuld und hiemit die Verbindlichkeit zur Genugthuung nur der freien Kausalität des Subjekts zugeschrieben wird; (soll nämlich die Wiederaufhebung des Unrechts eine Tilgung der Schuld seyn, so muß eben die innerste Subjektivität Grund der Verletzung gewesen, letztere darf nicht durch eine unabhängig vom Subjekt auf dasselbe einwirkende Macht der äußeren oder seiner eignen inneren Natur hervorgebracht worden seyn;) — und wenn ferner insbesondere als Voraussetzung der kriminalistischen Schuld das entwickelte Bewußtsein des Subjekts über seine Stellung zu dem Kreise der objektiv sittlichen Gesetze angegeben wird. (Denn die verbrecherische Schuld ist eben nicht bloß die Verletzung einer Pflicht, sondern die einer in objektiven Gesetzen fixirten Verbindlichkeit.) Soll daher ein Individuum wirklicher Verbrecher werden können, so muß es auf demjenigen Stadium der geistigen Entwicklung angekommen seyn, wo es sich nicht mehr bloß als Mitglied einer relativen, auf das Princip der Moral gebauten, sittlichen Einheit, wie der Familie, sondern als besonderen, persönlichen Willen, als Atom im socialen Zustand weiß. Es muß sich als freie Kausalität den Gesetzen gegenüber wissen. Dies setzt aber voraus, daß das Individuum, das an sich nur werdende Freiheit ist, für sich frei, geistig mündig geworden sei. Damit trifft dann das andere Moment zusammen, daß erst auf diesem Standpunkte zugleich dem Laufe der natürlichen Entwicklung gemäß überhaupt die volle Möglichkeit der freien, gegen innere und äußere Naturreize

1) Wirth a. a. O. I. S. 119.

unabhängigen Selbstbestimmung eintritt. Daraus rechtfertigt es sich denn, wenn der Anfangspunkt der kriminalistischen Zurechnungsfähigkeit von dem der Zurechnungsfähigkeit überhaupt unterschieden und später angesetzt wird, ein Gesichtspunkt, der in Folgendem noch nähere Beleuchtung erwartet. — Daß nun in der Regel der fragliche Gesichtspunkt nicht mit der gehörigen Schärfe aufgefaßt wird, obgleich man die Resultate meistens richtig angegeben findet, wurde schon oben bemerkt (§. 84 und S. 187. 188). Bald sagt man, die Kindheit gehöre unter die Zustände der Zurechnungsunfähigkeit überhaupt [1]); bald wird behauptet, die Kinder können nur nicht den Strafgesetzen des Staats unterliegen, — entweder, weil sie noch keinen Unterschied zwischen Recht und Unrecht zu machen wissen [2]), oder weil sie unfähig seien, sich eine Vorstellung von der Handlung zu machen, insbesondere sich die Einwirkung vorzustellen, die mit derselben auf die Außenwelt hervorgebracht wird [3]). Gegen Ersteres erklärt sich Luden mit Recht, nur daß er ohne Grund auch Heffter und Marezoll als Vertheidiger jener Ansicht anführt; denn ersterer hebt ganz den richtigen Gesichtspunkt hervor, daß die juristische Zurechnungsfähigkeit nicht ohne eine gewisse Entwicklung der menschlichen Individualität durch das Leben selbst gedacht werden, daher auch nur erst dann anfangen könne, wenn der Mensch zu einer solchen Reife gelangt sei, wo er über die Summe seiner bürgerlichen Verpflichtungen nicht

1) Feuerbach, §. 90. Martin, §. 38. Abegg, S. 143. Wächter, I. S. 115.
2) S. die §. 84 not. 2 angef., und Marezoll, §. 27.
3) Luden, I. S. 276.

mehr im Unklaren seyn könne; Marezoll dagegen vertheidigt die zweite Ansicht. Hätte man aber zwischen dieser und der von Luden selbst aufgestellten zu wählen, so müßte man wohl ohne Weiteres die erstere vorziehen. Allein auch diese geht zu weit, wenn sie den Kindern überhaupt die Fähigkeit der Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht abspricht, da unter dieser Voraussetzung auch keine korrektionelle Strafgerechtigkeit gegen sie möglich wäre. Vielmehr ist aber den Kindern nur die Fähigkeit, sich zu gesetzwidrigem Unrecht zu bestimmen, abzusprechen, und nur dies will auch der römische Ausdruck doli capacitas besagen [1]. Nun unterscheidet zwar das römische Recht nur zwischen völliger Straflosigkeit und voller Strafbarkeit, welche letztere es bei dem pubertati proximus eintreten läßt, sobald er im konkreten Falle die individuelle Reife dazu zeigt [2]. Das kanonische Recht dagegen läßt die Jugend auch bei vorhandener doli capacitas noch als Strafmilderungsgrund gelten. Dabei liegt dem gemeinen Rechte der Gedanke zu Grunde, daß es auch wesentlich auf die Art des Verbrechens ankomme, ob rei intellectus bei dem jugendlichen Thäter angenommen werden könne, oder nicht [3]. Die Ansicht der Karolina ist bestritten. Doch scheint soviel gewiß, daß sie auch die Unmündigkeit mit dem kanonischen Rechte in der Regel für einen Strafmilderungsgrund ansieht, dagegen mit dem römischen Rechte es auf die individuelle Reife im konkreten Falle ankommen läßt, ob nicht auch über einen pubertati proximus (nach Heffter [4]) sogar über einen noch

1) Berner, a. a. O. S. 105.
2) Wächter, I. S. 116—118.
3) Roßhirt, Entwicklung. S. 193 ff.
4) §. 51. n. 2.

Jüngeren) die volle Strafe verhängt werden könne [1]). An diesen Bestimmungen ist es nun ohne Zweifel ganz richtig, daß sie auf die individuelle Reife gesehen wissen wollen, ebensosehr aber auch, daß kanonisches und deutsches Recht nicht sogleich volle Strafbarkeit der Unmündigen statuiren. Was nun neueren Gesetzgebungen noch hinzuzusetzen blieb, das war vornämlich ein Uebergang aus der Zeit, wo das Kind ganz der Familien- und Schulzucht anheim gegeben bleibt, in die Zeit, wo die volle kriminalistische Zurechnungsfähigkeit zu beginnen hat, ein Uebergang, wofür die bloße Anerkennung des jugendlichen Alters als eines Strafmilderungsgrundes, besonders wenn man daneben den Grundsatz annimmt, daß Bosheit das Alter erfülle, einen nur dürftigen Ersatz gewährt. Gleichwohl ist dieses System nicht nur im Preußischen Landrecht [2]) und im Oestreichischen Gesetzbuch, sondern auch noch in späteren Gesetzgebungen, z. B. der Bairischen und Sächsischen (welche letztere auch den Grundsatz: malitia supplet aetatem annimmt [3]) noch beibehalten. Dagegen enthält die französische Gesetzgebung das richtige Moment, wenn sie solche jugendlichen Uebertreter, bei welchen discernément anzunehmen ist, in das Korrektionshaus verweist [4]), eine Bestimmung, zu welcher das Wirtembergische Gesetzbuch [5]) eine An-

1) Grolman, Bibl. I. 1. S. 40 ff. Luden, I. S. 275. n. 2.

2) Vgl. auch ein Reskript v. J. 1796, wornach, wenn Bosheit das Alter erfüllt, selbst vor dem achten Jahre Kriminalstrafe eintreten kann.

3) Darüber Herrmann, Beurtheilung, S. 122—126. Schüler, Beiträge, S. 49.

4) Code pénal. Art. 66.

5) Art. 95. 96. Hufnagel, I. S. 302. Auch das Braunschw. G.B. läßt die Ergreifung polizeilicher Maßregeln und Besserungsmittel zu. Vgl. auch den Erhard'schen Entw. für Sachsen, Art. 53.

näherung enthält. Weniger passend erscheint es, wenn das französische Gesetz vor dem sechszehnten Jahre es überall dem Richter überläßt, ob er bei dem Angeschuldigten discernément annehmen zu können glaubt, oder nicht [1], während die deutschen Gesetzgebungen, durchgängig dem gemeinen Recht folgend, einen Zeitraum der infantia ausscheiden, während dessen lediglich (höchstens unter Aufsicht des Staats [2]) die Disciplin der Familie und Schule eintreten soll. Dagegen ist allerdings für den Zeitraum (etwa) zwischen dem zehnten und sechszehnten Jahre das französische System das bessere, während die deutschen Gesetzgebungen auch hier mit einer Präsumtion durchgreifen, gegen welche dann nur ausnahmsweise Straflosigkeit, resp. strengere Strafbarkeit angenommen werden soll [3]).

Der gleiche Grund, wie beim jugendlichen Alter, tritt auch über den normalen Zeitpunkt geistiger Reife hinaus ein, wenn vermöge krankhafter Entwicklung jener Zeitpunkt bei einer Person noch gar nicht eingetreten, oder zwar eingetreten, aber das damit gesetzte Bewußtsein wieder verdunkelt worden ist. In die erste Sphäre gehört insbesondere der Zustand wild aufgewachsener, von der menschlichen Gesellschaft abgesperrt gewesener, ferner blödsinniger Personen, denen nicht alle Zurechnungsfähigkeit abgesprochen werden kann, endlich solcher Taubstummen, die nicht völlig ununterrichtet geblieben sind. Zwar will Berner [4]) nur die ununterrichteten Taub-

---

1) Hellie, II. S. 166.

2) Baier. G.B. Art. 98. 99.

3) Vgl. noch Mittermaier zu Feuerbach, §. 90. a. und die in den Noten a—b Angef. Ferner Hohbach, Beiträge Nr. 2. und besonders Abegg in den fortges. Hitzig'schen Annalen, II. S. 1—32.

4) A. a. O. S. 113. 114. Vgl. Mittermaier, a. a. O. not. m—o.

stummen bloß pädagogischer Züchtigung unterworfen wissen, während die Strafbarkeit unterrichteter keinem Zweifel unterliegen und ihr beklagenswerther Zustand nur als Milderungsgrund in Betracht kommen soll. Es dürfte aber richtiger seyn, alle Genannten von der peinlichen Strafe zu eximiren und der korrektiven Strafgerechtigkeit zu überweisen, da bei ihnen von derjenigen geistigen Mündigkeit, welche der Staat, wenn er nicht im Widerspruch mit den Ansprüchen der freien Persönlichkeit pädagogische Elemente in sich aufnehmen will, als Normalmaß für die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit aufstellen muß [1]), auch im besten Falle doch nicht die Rede seyn kann. In die zweite Klasse dagegen wären insbesondere partiell Verrückte, und Verrückte in etwaigen lichten Zwischenräumen zu stellen [2]).

3) Die gefährliche Handlung.

§. 180.

Das Verbrechen, als Verletzung des für das allgemeine Bewußtsein gesetzten Rechts, nimmt zugleich Beziehungen auf das Wissen und Wollen Andrer an. Denn, da dieses Recht als das allgemeine Wohl und das Wohl jedes Einzelnen gedacht und erstrebt wird, so erscheinen sich a) in Einem Mitgliede der Gesellschaft Alle verletzt, und es erscheint somit die Gesetzesübertretung zugleich als gefährliche Handlung, woraus sich besondere Gesichtspunkte für die Wiederaufhebung des Verbrechens ergeben. Diese Qualität der Handlung fällt aber b) hinweg, wo das Verbrechen an einem Einwilligenden oder vom Thäter an sich selbst begangen wird, da ein Unrecht, dessen Zufügung den

---

1) Wirth, I. S. 121.
2) Vgl. Berner, 183.

formellen Willen des zu Verletzenden zur Voraussetzung nimmt, eben hiedurch seine Beziehung auf andere Individuen abschneidet, welche jenen formellen Willen nicht haben. Andrerseits erweitert sich aber c) eben vermöge seiner Beziehung auf den allgemeinen socialen Zustand der Begriff des Verbrechens über sich selbst hinaus zu dem des Polizeivergehens, welches zwar das Moment der Gesetzübertretung mit ihm gemein hat, dagegen keine Verletzung des Rechts als Rechts, vielmehr eben nur gefährliche Handlungen im e. S., d. h. solche, welche die reale Möglichkeit und konstante Vermittlung des wirklichen Verbrechens bilden, zum Gegenstande hat. Der Begriff der gefährlichen Handlung fixirt sich hiemit für sich eigenthümlich in dem der Polizeiübertretung, welche sofort eine neben der Rechtspflege weiter bestehende allgemeine Funktion, das Institut der Polizei voraussetzt, und hiemit auf den Begriff des socialen Organismus oder des Staats führt.

§. 181.

a) Insofern das Recht (als Berechtigung der Individuen, wie als öffentliches Recht positiv gesetzt und im Bewußtsein aller Koexistirenden so gesetzt ist, in diesem seinem Dasein aber als das gemeinsame Wohl aller Einzelnen gewußt und gewollt wird, so erscheint das Verbrechen nicht mehr bloß als die Verletzung einer vereinzelten Berechtigung, sondern als die Verletzung aller ähnlichen Berechtigungen; das einzelne Recht erscheint als ein allgemeines Gut, das nicht nur dem unmittelbar Verletzten, sondern zugleich allen Uebrigen geschmälert wird. Dies macht den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit aus, der beim Verbrechen als gesetzwidriger Handlung eintritt. Es stellt sich hiemit als ein nicht bloß isolirtes, sondern weitere Gefahren, theils von Seiten des bestimmten Individuums, welches eben das Verbrechen begangen hat, theils von Seiten der Uebrigen,

welche daran ein böses Beispiel nehmen können, drohender Akt, hiemit als ein Akt dar, der über seine Besonderheit hinaus eine allgemeine Wirkung, die Erschütterung der gesammten Rechtsordnung zur Folge haben kann, bei dessen Wiederaufhebung daher auch nicht bloß auf seine Besonderheit, sondern eben auf jene seine allgemeine Bedeutung gesehen werden müsse. Es entsteht hiemit für diese Wiederaufhebung die Forderung, daß sie zur Sicherung Aller dienen und im Bewußtsein Aller die Macht des Rechts gegen das Unrechts wiederherstellen solle. Uebrigens ergiebt diese Forderung kein festes Resultat, sofern einerseits das Verbrechen in seiner gefährlichen Beziehung auf den socialen Zustand eine größere Wichtigkeit erhält, andrerseits aber eben diese Wichtigkeit durch das Bewußtsein der Macht der die Gesellschaft befestigenden Gesetze und Institutionen wieder herabgesetzt wird [1]).

Anm. — Dieser Standpunkt ist der gemeinsame aller sogenannten relativen Theorieen von ihrer politischen Seite, welche mit ihrer moralischen (s. oben) nicht zu verwechseln ist. Daß nun eine relative Berechtigung derselben, aber eben nur in der Bedeutung von Momenten, allerdings anzuerkennen sei, ist auch von Abegg [2]) wiederholt ausgesprochen worden. Allein es kommt bestimmter darauf an, diese Behauptung auch auszuführen, was durch einen Parallelismus der Strafrechtstheorieen mit den drei Stufen der Familie, der bürgerlichen Gesellschaft und des Staats um soweniger ausreichend geleistet wird, als diese dialektische Reihe in der von Hegel ihr gegebenen Entwicklung überhaupt an wesentlichen Mängeln leidet. Hiernach ist nämlich immer die Meinung, daß der zweite Standpunkt der bür-

1) Hegel §. 218.
2) Am ausführlichsten in seinen Strafrechtstheorieen.

gerlichen Gesellschaft ein in sich unwahrer, daher ganz in den der Staatssubstantialität aufzuhebender sei, eine Tendenz, die bei Hegel durch seine geschichtliche Stellung gegen den subjektiven Idealismus sich ebenso erklärt, wie seine sonderbare Behandlung der Moral. Dieselbe, gegen die Reflexionsphilosophie ungerechte, Tendenz findet sich denn auch in Abeggs Kritik ihrer Strafrechtstheorieen [1]), die nur verständige Reflexionen und Nützlichkeitstendenzen enthalten (d. h. also wohl alles spekulativen Moments entbehren), und nur innerhalb der, Staat und Sitte verläugnenden, Theorie der auf Vertrag gegründeten bürgerlichen Gesellschaft sollen Geltung ansprechen dürfen.

Allein, daß das Verbrechen eine gefährliche Handlung sei, ist ein Gesichtspunkt, der nicht etwa bloß bei dem Uebergange aus der Familie in den Staat eintritt, auf dem wahrhaften Standpunkte des Staats aber verschwinden oder auf die besondere Klasse der sogenannten gefährlichen Verbrechen sich beschränken lassen müßte. Vielmehr bleibt die Gefährlichkeit eine wesentliche Qualität des Verbrechens überhaupt auch auf dem Boden des wirklichen Staats. Denn —, sowie dies auch Abegg [1]) ganz richtig schildert, — sobald das Recht sich als Dasein im allgemeinen Bewußtsein gesetzt hat (als Gesetz im w. S., geschriebenes oder ungeschriebenes), so wird nicht etwa nur an gewissen Arten und Klassen von Verbrechen die Gemeinschädlichkeit derselben als vergrößerndes Moment hervorgehoben, nicht bloß bei dem einzelnen Verbrechen besonders auch noch dies erwogen, ob nicht darin noch eine specielle Gefahr für Andere oder für Alle liege, — sondern „es kommt

1) A. a. O. S. 48—50. 55—73.
2) A. a. O. S. 40—42.

noch ein andrer Gesichtspunkt hinzu: nicht dieses oder jenes Verbrechen bloß ist ein größeres nach seinen möglichen gefährlicheren Folgen, sondern das Verbrechen überhaupt, die Störung des gemeinen Friedens und der gegenseitig gewährten Sicherheit ist eine gefährliche Handlung, und diese Gefahr, verschieden von der zuvor gedachten, ist nicht bloße Möglichkeit, Befürchtung, sie ist wirklich, und darum auch ein Unrecht von Seiten dessen, der sie herbeiführt, dem die Gesellschaft entgegenzuwirken hat." Dieser Gesichtspunkt aber, sowie die von Abegg ganz richtig damit in Verbindung gebrachte Nothwendigkeit der Polizeistrafgerechtigkeit, ist kein bloß transitorischer, den eine auf das Gerechtigkeitsprincip gebaute Gesetzgebung entbehren könnte, oder etwa nur bei den gemeinschädlichen Verbrechen zur Anwendung zu bringen hätte. Abegg scheint hier in der That den §. 118 bei Hegel nicht ganz richtig aufgefaßt zu haben, obgleich er auch dem andern, darin enthaltenen, Momente (daß nämlich die ihrer selbst sicher gewordene Macht der Gesellschaft die äußerliche Wichtigkeit der Verletzung heruntersetze und daher eine größere Milde in der Ahndung des Verbrechens herbeiführe) seine — freilich gleichfalls untergeordnete — Stellung anzuweisen sucht [1]). Denn es handelt sich nicht etwa davon, beide entgegensetzten Rücksichten neben einander unterzubringen, wie bei Abegg geschieht, sondern der Gesichtspunkt der Gefährlichkeit ist es, aus welchem je nach der Verschiedenheit der Kulturstufen das eine Mal die Tendenz der Abschreckung rc., das andere Mal die der Milde hervorgeht, so daß also an die Gesetzgebung die Forderung zu machen ist, die letztere Tendenz immer mehr als die überwiegende geltend zu machen, keines-

1) Abegg a. a. O. S. 48.

wegs aber etwa aus Gerechtigkeitssinn gegen die verschiedenen Strafrechtstheorieen auch die Abschreckungstendenz immer noch im Schlepptau mitzuführen. „Ist die Gesellschaft noch an sich wankend, dann müssen durch Strafen Exempel statuirt werden; denn die Strafe ist selbst ein Exempel gegen das Exempel des Verbrechens. In der Gesellschaft aber, die in sich fest ist, ist das Gesetztsein des Verbrechens so schwach, daß hiernach auch die Aufhebung dieses Gesetztseins zu messen seyn muß. Harte Strafen sind also an und für sich nichts Ungerechtes, sondern stehen im Verhältniß mit dem Zustande der Zeit; ein Kriminalkoder kann nicht für alle Zeiten gelten, und Verbrechen sind Scheinexistenzen, die eine größere oder geringere Abweisung nach sich ziehen können" [1]). — Als gefährliche Handlung erscheint das Verbrechen überhaupt in seiner Beziehung auf den socialen Zustand, der das durch objektive Institutionen und Gesetze Befestigte ist, worin jeder Einzelne sein Wohl und Alle zusammen ihr gemeinsames Wohl erkennen. Hieraus ergiebt sich dann von selbst, daß, wenn der gesellschaftliche Zustand noch nicht vollkommen fest ist, das Verbrechen überall wichtiger und eine strenge Reaktion dagegen nothwendig erscheint, daß aber sofort dieser Gesichtspunkt immer mehr verschwinden und der Milde weichen muß, je sicherer die Macht der Gesellschaft in sich selbst wird. Diese einfache Wahrheit wird durch die Geschichte des gemeinen Strafrechts hinlänglich bestätigt. Sehen wir das römische an, so tritt uns das republikanische mit der ganzen sittlichen Austerität der Fichtischen Ansicht entgegen. Während die ältesten Quellen noch mehrfache Spuren der materiellen Wiedervergeltung enthalten, so spaltet sich das Strafrecht sofort in öffent-

1) Hegel §. 218. Zus. a. E.

liches Strafrecht und Privatpönalwesen. Letzteres bleibt auf dem Uebergangsstandpunkt der Privatgenugthuung beharren (berechtigt durch das innerste Wesen der antiken Staatsanschauung); erstres dagegen hält die Alternative fest, die Fichte's Thesis und Antithesis ausdrücken; Rechtlosigkeit (bürgerlicher Tod) oder Abbüßung. Die Kaiserzeit sofort huldigt dem Systeme der Abschreckung und Prävention in allen seinen Variationen [1]), und erst der Staat in seiner Altersschwäche nimmt endlich, ohne Zweifel durch religiösen Einfluß geleitet, auch den Gesichtspunkt der Besserung auf, der aber freilich da nur ein oberflächlich aufgeklebter bleibt, und das aus dem Abschreckungsprincip herausgearbeitete Rechtssystem nicht mehr zu durchdringen und umzugestalten vermag [2]). Auch in der Geschichte des germanischen Strafrechts sehen wir von der Zeit an, wo überhaupt endlich das Staatsbewußtsein (in Deutschland in Form der Landeshoheit) sich kräftiger geltend zu machen anfieng, dieselbe Aufeinanderfolge der Tendenzen eintreten, nur mit dem Unterschiede, daß die zweite nicht erst von dem altersschwachen Staate aufgenommen wird, sondern von ihm in seiner Manneskraft, nachdem sie ihm schon frühe durch das Recht der christlichen Kirche als Ideal vorgehalten worden war. Sehen wir insbesondere auf das eigentliche Deutschland, so finden wir um die Zeit, wo aus der Anarchie des Faustrechts endlich der moderne Staat aufzutauchen anfängt, gerade an denjenigen Stellen, wo dieses Streben sich am eifrigsten und glücklichsten zeigt (besonders in den, überhaupt als Vorkämpfern erscheinenden, Städten), das Strafrecht

1) A. M. ist Abegg a. a. O. S. 78. ff. s. aber auch Luden I. S. 82.

2) Vgl. auch Rein Kriminalrecht der Römer. S. 77—88.

ganz entschieden in der Tendenz der Sicherung des noch schwankenden gesellschaftlichen Zustands, der Drohung, Abschreckung, der Selbstvertheidigung und Nothwehr sich entwickeln, eine Richtung, die auch in der Karolina noch sehr ersichtlich und durch die Hinweisung auf das römische Recht von ihr noch weiterhin anerkannt ist, wie sie denn auch mit der Verfolgung des abstrakten Inquisitionsprincips im Strafprocesse genau zusammenhängt. Allerdings ist nun der germanische Staat dazu berufen, das allein wahre Princip im Strafrechte, das der gerechten Wiedervergeltung, zu realisiren. Es ist deshalb ganz in der Ordnung, daß sich diese Idee schon in früheren Rechtsquellen, insbesondere auch in der Karolina, angedeutet und theilweise auch ausgeführt findet. Allein es heißt doch den bisher aufgetretenen Gesetzgebungen zu viel Ehre erweisen, wenn Abegg sich bemüht, auch ihnen schon sammt und sonders das Princip der Gerechtigkeit zu vindiciren. Die Unwahrheit dieser Behauptung, die freilich erst in einer Darstellung der Geschichte des Strafrechts näher aufgewiesen werden kann, macht sich wohl schon dadurch bemerklich, daß gerade diejenigen Gestaltungen der germanischen Staatsidee, welche in der Entwicklung derselben am weitesten voran sind (der englische, französische und nordamerikanische Staat) [1]), jetzt eben erst auf dem Standpunkte begriffen sind, wo die Tendenz der Besserung entschieden die der Abschreckung zu verdrängen beginnt, sowie daß eben noch im 19ten Jahrhundert die deutsche Wissenschaft in der Ausbildung der Präventions- und

1) Abegg a. a. O. S. 25. meint freilich, die deutsche Staatssitte sei über das Rechtsbewußtsein der gedachten Staaten längst hinaus. Allein leider kann dies nur von der deutschen Wissenschaft, keineswegs von der deutschen Staatssitte gesagt werden.

Abschreckungstheorie ihre bis jetzt glänzendsten Triumphe, von denen namentlich auch noch die neuesten Strafgesetzgebungen zeugen, gefeiert hat. Vielmehr darf zwar allerdings als der Kern des germanischen Rechtsbewußtseins in Beziehung auf das Strafrecht die Idee der gerechten Wiedervergeltung angenommen, aber es muß auch zugestanden werden, daß dieser Kern noch mancher Entwicklungen bedarf, und daß das positive Recht (wie es namentlich auch in den Ansichten der praktischen Geschäftsmänner sich spiegelt) in diesem Gebiete noch um ein Ziemliches hinter der Wissenschaft zurück steht. Macht man sich keine optimistischen Vorstellungen über den deutschen Staat, bedenkt man, daß er, um voller Ausdruck seiner Idee zu werden, noch mehr als Ein Stadium zu durchlaufen hat, wovon er überdies mehrfach mit aller Kraft zurückgehalten wird, sieht man, daß bei der Mehrzahl der Gebildeten noch die ganz den relativen Strafrechtstheorieen analoge subjektiv-idealistische Ansicht vom Staate herrscht, blickt man weiterhin auf den Strafproceß hinüber, in welchem Deutschland größtentheils fast noch die Anfänge derjenigen Entwicklungen entbehrt, welche vor Allem nöthig sind, wenn das Strafrecht des Staats als eine im Bewußtsein der Bürger sich reflektirende, lebendige Macht thätig werden soll, — dann wird man es auch ganz natürlich finden, daß selbst die neusten Gesetzgebungen noch weit davon entfernt sind, dem Principe der Gerechtigkeit zu huldigen, vielmehr sich durchaus noch auf dem Meere der relativen Theorieen herumtreiben und damit als Produkte eines Uebergangszeitpunkts darstellen, dessen Zeichen nicht an ihnen allein offenbar werden.

§. 182.

b) Die Beziehung des Verbrechens auf das gesellschaftliche

Wohl, als gefährlicher Handlung, fällt nun aber überall hinweg, wo der Thäter die Verletzung sich selbst oder einem Einwilligenden zufügt. Indessen bezieht sich dies natürlich zunächst nur auf die Verletzung solcher Rechte, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen. Bei dieser ist aber wieder eine wesentliche Unterscheidung zu machen: nämlich zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten. Letztere sind wesentliche Bestimmungen der Persönlichkeit, auf welche sie gar nicht verzichten kann, weil ein solcher Verzicht immer nur ihren besondern Willen zur Quelle hätte, vor ihrem substantiellen Willen aber niemals sich rechtfertigen könnte. Dagegen gehört zu jenen das nicht mit dem Seyn des Subjekts selbst Identische, sondern ihm Aeußerliche, das Eigenthum, aus welchem sich zurückziehen zu können, selbst eine wesentliche Bestimmung des persönlichen Willens ist. Ja, wenn man bedenkt, daß auf das Recht des Eigenthums an sich, die Eigenthumsfähigkeit überhaupt gleichfalls Niemand vernünftiger und giltiger Weise verzichten kann, weil auch dies zu den substantiellen Bestimmungen der Persönlichkeit gehört, so muß jener Unterschied zwischen unveräußerlichen und veräußerlichen Rechten selbst für einen bloß scheinbaren erklärt und vielmehr gesagt werden, daß überhaupt kein Recht, sondern nur die Beziehung des Rechts auf Sachen veräußerlich sei. Jedenfalls aber ist klar, daß eine Handlung, welche ein solches Objekt zum Gegenstand hat, niemals als rechtsverletzend gelten kann, sobald der Schaden Leidende eingewilligt hat, da in dieser Einwilligung eben ein zulässiger, weil keine wesentliche Bestimmung der Persönlichkeit treffender, Verzicht liegt. Ebenso ist jedoch klar, daß dahin nur Handlungen gegen die Vermögensrechte gehören können, daher denn allerdings ein Verbrechen wider das Eigenthum von Niemanden an sich selbst oder an einem Einwilligenden begangen werden kann. Anders verhält es

sich dagegen mit denjenigen Rechten, deren Gegenstand mit dem Seyn des Subjekts identisch ist, wie das Leben, oder eine wesentliche Bestimmung der Persönlichkeit ausmacht, wie Freiheit, Ehre, geist-leibliche Integrität. Diese sind, wie gesagt, unverzichtbar, daher eine gegen diese Rechte als solche gerichtete Handlung ein Verbrechen bleibt, auch wenn sie der Thäter an sich selbst oder einem Dritten begeht. Gleichwohl ist nun eine solche Handlung wenigstens keine gefährliche, weil sie, obgleich den substantiellen Willen, doch nicht zugleich den aktuellen Willen der Person verletzt, mithin für keinen bedrohlich erscheint, der selbst nicht im Widerspruch seines aktuellen Willens mit seinem substantiellen sich befindet. Wenn gleich daher eine derartige Handlung Verbrechen (Uebertretung des, über die Willkühr erhabenen, objektiven Gesetzes) bleibt, so ist sie doch ein geringeres, als eine solche, welche den substantiellen und den aktuellen Willen der Person zugleich verletzt. — Immer aber versteht sich von selbst, daß, wenn die Einwilligung des Verletzten die eine oder die andere Wirkung haben soll, dieselbe auch von einem eines wahren Willens Fähigen ausgegangen und ernstlich gemeint gewesen seyn muß.

Anm. — Die Fragen, ob Jemand an sich selbst, und ob man an einem Einwilligenden ein Verbrechen begehen könne, gehören nothwendig zusammen [1]), und man kann nicht beide nach verschiedenen Principien beantworten, ohne sich eines auffallenden Widerspruchs im Denken schuldig zu machen, obgleich dies hie und da schon geschehen ist. — Was nun zunächst den berühmten Grundsatz: Volenti non fit injuria betrifft, so giebt es zwar auch hier solche, welche an der Möglichkeit einer philosophischen Entscheidung der auftauchenden Rechtsfragen

1) S. auch Wächter I. S. 104.

verzweifeln [1]). Allein theils sind einzelne Momente der richtigen Entscheidung vorlängst von der Wissenschaft beigebracht worden, theils darf man den neueren Gesetzgebungen zum Ruhme nachsagen, daß sie diese im Ganzen richtig getroffen haben, und es hat daher die Doktrin hier weniger, als anderswo, nöthig, sich selbst ein testimonium paupertatis auszustellen. Von jeher nämlich hat man zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten unterschieden, womit man allerdings der Wahrheit sehr nahe kam; und der Fehler lag nur darin, daß man sich theils über den wahren Sinn dieses Unterschieds nicht klar war, theils keine Berechtigung zu dessen Aufstellung hatte. Als allgemein von jeher zugegeben darf angesehen werden, daß der Grundsatz überall nur auf Verletzungen solcher Rechte, welche Bestimmungen an der Persönlichkeit ausmachen, sich beziehe [2]), wobei denn von den theilweise unrichtigen oder vagen Gründen abgesehen werden kann, aus welchen bei den übrigen (Gesetzes- oder Polizei- ꝛc.) Verbrechen der Grundsatz ausgeschlossen wird. Bleibt man nun aber bei jenen Verbrechen stehen, so sind nach der Grunddifferenz in der Ansicht über die Natur des Rechts zwei extreme Ansichten über die Frage möglich, nämlich entweder: daß alle Rechte der Persönlichkeit verzichtbar seien, oder: daß dies von keinem derselben zugegeben werden dürfe. Den ersten Standpunkt sollten konsequenter Weise alle Anhänger des subjektiven Idealismus behaupten, wie dies denn auch Stübel [3]) mit bekanntem Scharfsinne thut. Denn nach dieser Grundansicht liegt

---

1) N. Arch. XI. S. 65 ff. 239 ff.
2) Luden Handb. I. S. 316. not. 2.
3) N. Arch. IX. S. 551 ff. s. auch Wächter a. a. O. Feuerbach erste Ausg. §. 40.

es, wie Luden treffend sagt, in dem Begriffe jedes Rechts, daß man die Befugniß hat, dasselbe zu derelinquiren [1]). Gleichwohl werden die meisten Anhänger jener Grundansicht ihrem Standpunkte ungetreu, und behaupten (freilich in der Sache richtig), daß die Einwilligung nur bei denjenigen Rechten, über welche dem Privatwillen gültige Verfügungsbefugniß zustehe, die Wirkung habe, die Handlung straflos zu machen [2]). Den zweiten Standpunkt dagegen sollten konsequente Anhänger des objektiven Idealismus festhalten, während freilich auch diese, wie Abegg, Henke, und, wenn man sie auf diese Seite stellen darf, Heffter, Marezoll, Luden, andrer Meinung sind [3]) und mit der eben gedachten Unterscheidung von veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten zusammenstimmen (Henke geht sogar geradezu auf das andre Extrem hinüber). — Der Fehler besteht nur darin, daß, wie gesagt, diese Unterscheidung in der Regel weder aus tieferem Grunde gerechtfertigt, noch richtig vollzogen ist. So stellt z. B. Luden in dieser Frage den subjektiv idealistischen Grundsatz, daß alle Rechte der Persönlichkeit verzichtbar seien, voran, und setzt dann Alles in die Distinktion, daß nur einige davon an Andre übertragbar seien (die Vermögensrechte), andre aber nicht (Rechte auf Leben, Freiheit, Gesundheit, Ehre). Allein, daß damit nichts gesagt ist, leuchtet ein. Denn es fragt sich nicht, ob der Thäter durch Uebertragung eine specielle Berechtigung erhalten zu haben nachweisen müsse, sondern nur ob er etwas Erlaubtes oder Uner-

1) Handb. I. S. 321. Not. 13.
2) Feuerbach LB. §. 35.
3) Abegg Unters. S. 62—72. Henke I. §. 38. Heffter §. 38. Marezoll §. 23. Luden a. a. O. In seinen Abh. II. S. 424 war Luden der entgegengesetzten Ansicht.

laubtes thue, ob ihm ein Recht entgegenstehe oder nicht. Sobald man nun aber annimmt, daß die Person auf alle jene Rechte verzichten könne, so ist es rein unmöglich, nach einem solchen (nicht wieder zurückgenommenen [1]) Verzichte noch von einer Verletzung dieser Rechte zu sprechen. Eben so wenig will es heißen, wenn einerseits jener subjektiv idealistische Grundsatz anerkannt und nun doch wieder andrerseits ein Unterschied gemacht wird, je nachdem die Nichteinwilligung des Verletzten (das Merkmal: invito laeso) zum Thatbestand eines Verbrechens gehöre oder nicht, so daß nur im ersten Fall die Einwilligung den Thatbestand ausschließe, im andern nicht [2]), — eine Ansicht, die dadurch noch widerspruchsvoller wird, daß sie neben jene erste, dem subjektiven Idealismus entlehnte, Behauptung die damit schlechthin unvereinbare stellt, daß im Strafrechte der Grundsatz: volenti ɩc. gar keine Bedeutung habe. Geht man einmal von dem Grundsatze aus, daß das Recht nichts Substantielles, vielmehr der Disposition der Person unterworfen sei, so kann man nur in der Entscheidung Konsequenz finden, die früher Feuerbach vertheidigte, und jetzt noch Stübel, Wächter ɩc. festhalten; freilich sind diese dann genöthigt, die für rechtlich erlaubt erklärten Handlungen hinterher doch wieder ex capite der Polizei, der öffentlichen Moral u. dgl. zu verdammen und zu gesetzlicher Verpönung zu empfehlen, — eine Konzession, die nur Henke nicht macht (nach ihm sollen derlei Handlungen nur dann strafwürdig werden, wenn sie eine unmittelbare Gefahr für Andre oder eine Verletzung allgemeiner Bürgerpflichten involviren). —

---

1) Stübel N. Arch. IX. S. 560 ff.
2) N. Arch. XI. a. a. O.; s. dagegen auch Heffter §. 38. not. 2.

Was den entgegengesetzten, objektiv idealistischen Standpunkt betrifft, so scheint es, wie schon gesagt, unrichtig, wenn auch Abegg der herkömmlichen Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten sich anschließt. Denn, geht man von der Substantialität des Rechts aus, so muß man so argumentiren, wie im Paragraphen geschieht, d. h. daß auf das Recht überall nicht verzichtet werden kann, sondern nur auf dessen Beziehung auf bestimmte Sachen. Daraus folgt denn allerdings, daß ein solcher Verzicht nur im Kreise des Vermögensrechts möglich ist. Es liegt dann, wie Luden ganz richtig angiebt, in einem solchen Verzicht keineswegs eine Verzichtleistung auf die Strafe oder eine Auktorisation zur Uebertretung des Strafgesetzes; aber es liegt darin auch nicht eine positive Uebertragung des Rechts, wie Luden im Texte sagt, sondern die Einwilligung bewirkt nur, wie er in der Anm. angiebt, daß die Handlung nicht unrechtlich ist und nicht mehr unter das Strafgesetz subsumirt werden kann. Dagegen sind nun Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre solche Bestimmungen der Persönlichkeit, welche von ihr gar nicht entäußert werden können, welche substantielle Bestimmungen an ihr bleiben, auch wenn der aktuelle Wille der Person sie preisgiebt. Diese bleiben daher stets undurchdringlich für den Willen eines Dritten, und ihre Verletzung bleibt immer eine Verletzung des darin immanenten substantiellen Willens, trotz der Zustimmung des unvernünftigen Erscheinungswillens. Dies ist nun freilich nicht so zu verstehen, daß etwa auch ein gestatteter Kuß für eine Injurie, oder die Entführung einer einwilligenden familienunabhängigen Person für ein Verbrechen gelten müßte [1]). Allein durch diese Einrän-

1) Luden a. a. O. S. 317. not. 5. Das Beispiel vom stuprum

mung wird dem Principe nichts abgebrochen. Denn in den fraglichen Einwilligungen liegt ja keineswegs eine Preisgebung der Ehre oder der Freiheit als wesentlicher Bestimmung der Persönlichkeit, — wie dies dann der Fall wäre, wenn der Eine dem Andern gestattete, ihn als Sklaven zu behandeln oder als infam zu traktiren, — sondern jene Einräumungen benehmen ja der Handlung des Dritten gerade das Moment, vermöge dessen allein sie als Angriffe auf seine Ehre oder Freiheit erscheinen könnten. Der obige Grundsatz ist daher noch näher so zu bestimmen, daß jene substantiellen Elemente der Persönlichkeit nur als solche unveräußerlich sind. Dagegen ist es eine nicht nur formell, sondern auch materiell unwahre Behauptung, wenn Luden auch die Beihilfe zum Selbstmord für erlaubt erklärt [1]); denn der angegebene Grund, daß die Haupthandlung erlaubt sei, widerspricht seiner eigenen Ausführung über den Grundsatz: volenti 2c., da für die Entscheidung beider Fragen nothwendig dasselbe Princip zur Anwendung kommen muß. Wenn nun aber Verbrechen gegen Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre auch bei Zustimmung des Verletzten immerhin Verbrechen bleiben, so entsteht nun gleichwohl noch die andre Frage, ob nicht durch diese Zustimmung das Verbrechen wenigstens auf eine niedrigere Stufe herabsinke? Und diese Frage muß allerdings mit Luden bejaht werden [2]). Nur ist es wieder

---

paßt gar nicht hieher, weil dieses Delikt gar nicht zu den Vergehen gegen die Persönlichkeit gehört.

1) Mit Recht dagegen erklärt er sich gegen Stübel und Mittermaier, welche hiemit die Tödtung eines Einwilligenden verwechseln.

2) Vgl. Mittermaier Not. zu Feuerbach §. 35. Rossi II. S. 138. 139.

willkührlich, wenn er diese Bejahung bloß bei der Tödtung gelten lassen will, da doch offenbar vor dem rechtlichen Forum auf die Moralität des Beweggrunds gar nichts ankommen, vielmehr nur der im Paragraphen angegebene Grund entscheiden kann, daß eine Verletzung des substantiellen und aktuellen Willens zusammen nothwendig größer seyn muß, als eine Verletzung nur des einen von beiden, bei welcher das Moment der Gefährlichkeit hinwegfällt.

Sollte nun auch, was hier nicht näher zu erörtern ist, das gemeine deutsche Recht wirklich entgegengesetzte Grundsätze befolgt haben [1]), so haben doch die neuen Gesetzgebungen ganz den richtigen Weg eingeschlagen, wie denn der Hauptsatz, daß Einwilligung das Verbrechen nur ausnahmsweise tilge, im bair. GB. Art. 123 ausdrücklich ausgesprochen ist [2]), während dagegen der andre der ausgeführten Sätze, daß dadurch das Verbrechen ein geringeres werde, zwar nicht im bair. GB., wohl aber im preuß. LR. II. 20. §. 834, im sächs. GB. Art. 125, im wirtemb. Art. 239 (vgl. Art. 254. 274. 278. 279), im großh. hessischen, Art. 257, und im braunschweigischen, Art. 147, sich anerkannt findet [3]).

§. 183.

c) Dagegen fixirt sich der Begriff der gefährlichen Handlung für sich eigenthümlich in der Polizeiübertretung, welche mit dem Verbrechen zwar das Moment der Gesetzübertretung gemein hat, dagegen sich von demselben wesentlich dadurch unterscheidet, daß ihren Gegenstand nicht

1) S. Wächter N. Arch. X. S. 72 ff. 216 ff. Falck eb. XI. S. 143. Abegg Unters. S. 73 ff. Luden a. a. O. S. 319 ff.

2) Vgl. das englische und französische Recht in den Citaten bei Mittermaier a. a. O.

3) Vgl. Hufnagel III. S. 333—335. Breidenbach S. 542 ff.

das an und für sich Unrechte, sondern das Gefährliche bildet. Solche Handlungen gehören nicht in den Kreis der Rechtspflege, welche es nur mit dem bereits wirklich gewordenen Unrechte zu thun hat, sondern in den Kreis einer andern wesentlichen Funktion des Allgemeinen, welche neben andern Zwecken auch die Aufgabe hat, die Gesellschaft und den Einzelnen gegen mögliches Unrecht zu sichern. Wie die Rechtspflege es zu ihrer wesentlichen Bestimmung hat, die Substantialität des Rechts für die Individuen zu einer Sache ihres Wohls zu machen, so ist es umgekehrt die Bestimmung jener andern Thätigkeit, das Wohl der Individuen und ihrer Gesammtheit zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben. Gemäß dieser Bestimmung aber ist die gedachte Thätigkeit α) Vormundschaftspolizei, die es damit zu thun hat, die Individuen, sofern und soweit es nöthig ist, erst zur Spontaneität für die Besorgung ihres eigenen Wohls zu erheben, β) Hilfspolizei, deren Geschäft es ist, die Individuen in ihren spontanen Bestrebungen für ihr Wohl zu unterstützen und überall das Einzelwohl mit dem Gesammtwohl zu vermitteln, γ) Rechtspolizei, welche zur Aufgabe hat, das Einzel- und Gesammtwohl gegen mögliche Verletzungen zu sichern, die ihm theils durch Umstände und Ereignisse, welche von der menschlichen Willkühr nicht abhängen, theils aber auch, und insbesondere, gerade von den Handlungen der allseitig frei unter einander und durch's Ganze sich bewegenden Einzelwillen drohen. Eine Folge dieser Bestimmung ist — neben der Nothwendigkeit, konkreten Verbrechen vorzubeugen, ihre Vorbereitungen zu hindern und die begangenen aufzuspüren, — insbesondre auch die Aufgabe, die gefährlichen Handlungen zu verbieten und zu bestrafen.

Anm. — Der schon oben (§§. 3. und 5.) erwähnte Unterschied von peinlicher und polizeilicher Strafgerechtigkeit gehört zu den theoretisch und praktisch noch nicht

gehörig aufgeklärten Punkten. Zwar darüber ist man jetzt wohl größtentheils einig, daß die auch in neuen Polizeistrafgesetzbüchern, wie z. B. im Wirtembergischen, noch vorkommende Zuweisung eigentlicher Verbrechen (als Bagatellsachen) an die Verwaltungsbehörden nichts tauge und nur einer nicht zu rechtfertigenden Nachgiebigkeit an ein begriffswidriges Herkommen zuzuschreiben sei [1]). — Allein, auch hievon abgesehen, ist bekanntlich über die Rechtspolizei großer Streit, und es ist dies um so natürlicher, als Jeder zugeben muß, daß man sich hier auf einem Gebiete befinde, das jedenfalls zwischen der Polizei und der Justiz in der Mitte liegt und nach beiden Seiten hin verwandtschaftliche Beziehungen zeigt. Während z. B. einerseits Gros [2]) der Polizei auch das Gebiet der sogenannten freiwilligen Rechtspflege zugetheilt wissen will, so verlangt umgekehrt Mohl [3]) die Trennung der Rechtspolizei überhaupt von der übrigen Polizei und die Zutheilung derselben (sammt der freiwilligen Rechtspflege) unter das Justizministerium. — Sieht man nun zuvörderst von den praktischen Vortheilen und Nachtheilen der einen oder der andern Behandlungsweise ab, und hält sich an den Begriff, so muß man unbedenklich der ersteren Ansicht den Vorzug geben. Denn, ist es der Grundgedanke der Rechtspflege, das Recht als die an und für sich seiende Norm des Daseins in's Leben überzutragen und an dem Reichthum seiner

1) Mohl N. Arch. 1840. Beil. H. S. 12 ff. Verhdl. der wirt. Abg.-Kammer 1838. Beil. H. 2. S. 290 ff. Grandaur in ZuRheins Beitr. 1828 II. S. 89 ff. Mittermaier Strafverfahren §. 46.

2) Naturrecht §. 386.

3) System der Präventivjustiz. Tüb. 1834. Vergl. Mohl Polizeiwissenschaft I. S. 46. 47. (2. Ausg.)

sich kreuzenden Interessen und Verhältnisse zu bewähren, so setzt ihre Thätigkeit überall ein bereits wirklich gestörtes Rechtsverhältniß voraus, verhalte sich nun der störende Wille zur Substanz des Rechts unbefangen oder offenbar feindlich; niemals aber kann es ihr Geschäft seyn, gegen eine bloß mögliche Rechtsstörung aufzutreten, weil eine solche ja noch keineswegs eine Negation desjenigen Zustandes enthält, dessen Aufrechterhaltung allein die Aufgabe der Rechtspflege ausmacht. Solang ein Unrecht bloß als möglich droht, so ist die Alleinherrschaft des Rechts als absolute Norm des socialen Lebens noch nicht aufgehoben, mithin keineswegs die Thätigkeit aufgerufen, deren Begriff es ist, eben nur diese Alleinherrschaft gegen jede Negation stetig zu verwirklichen. Umgekehrt hat nun die Polizei zu ihrem Grundgedanken das Wohl, und ihre Aufgabe ist, dieses Wohl zu einer allgemeinen, d. h. rechtlichen Angelegenheit zu erheben und als solche zu realisiren. Wenn daher die Rechtspflege sich gegen die partikulären Willen indifferent verhalten muß, da sie ihr bloß als Erscheinungsmedium für den allgemeinen Willen dienen, so setzt im Gegentheil die Polizei die Anerkennung der selbständigen Besonderheit des Willens voraus, und ihr Geschäft ist, die Spontaneität der freien Person für die Besorgung ihres Wohls zu wecken, zu leiten, zu unterstützen, zu überwachen, und für die Vermittlung des Einzelwohls mit dem Wohle der Gesammtheit zu sorgen. Daraus ergeben sich die im Paragraphen aufgeführten drei Formen der Polizei, die gerade erst in der Rechtspolizei ihren folgerichtigen Abschluß finden. Ist es nämlich Sache der Polizei, in ihren beiden ersten Formen die Individuen zur selbstthätigen Arbeit für ihr eigenes und das Gemeinwohl anzuspornen und zu unterstützen, so hat sie

nun auch weiter dafür zu sorgen, daß nicht aus dieser allseitigen freien Bewegung der individuellen Willen unter sich und im Ganzen Störungen eben dessen, was sie bezweckt, entstehen; sie hat das in den beiden ersten Formen von ihr beförderte und verwirklichte Wohl nun auch negativ gegen mögliche Verletzungen zu sichern, und eben dies bildet die, von der Thätigkeit der Rechtspflege sehr wohl zu unterscheidende, Aufgabe der Rechtspolizei. Hiebei kann es aber, nach der einen Seite hin, nicht darauf ankommen, ob die Störungen des Wohls von künftigen Rechtsverletzungen, oder ob sie von Ereignissen und Verhältnissen erwartet werden, die zunächst nicht im menschlichen Willen ihren Ursprung haben, — genug, wenn nur von menschlichen Willensbethätigungen, die unter dem Einfluß solcher Verhältnisse stehen, jene Störungen zu erwarten sind. Insofern ist kein Grund vorhanden, die präventive Thätigkeit gegen unmittelbare Rechtsverletzungen von der sichernden Thätigkeit der Polizei im Allgemeinen unter dem Namen der Präventivjustiz abzusondern. Ebensowenig kann aber nach der andern Seite hin etwas darauf ankommen, ob die möglichen Rechtsverletzungen erst in der Willkühr des Subjekts ihren Ursprung nehmen, oder ob sie in den objektiven Verhältnissen, worin sie stattfinden können, schon in ihrer ganzen Bestimmtheit liegen. Insofern ist kein Grund vorhanden, von der Rechtspolizei die zur Verhütung möglichen Unrechts gewisse Eigenthumsverhältnisse der Privaten unmittelbar anordnende Staatsthätigkeit unter dem Namen der freiwilligen Rechtspflege abzusondern [1]). — Eine ganz andre Frage ist es nun aber, ob nicht gleichwohl Gründe vorhanden seien, die

1) Dies will Wirth, System der spek. Ethik. II. S. 270—273.

Rechtspolizei, im Ganzen oder wenigstens einem bedeutenden Theile nach, gleichwohl von der übrigen Polizei abzusondern und in die Sphäre der Justizverwaltung zu überweisen? Eine solche Ueberweisung könnte um so weniger etwas Auffallendes haben, da, wie schon gesagt, jedenfalls im Systeme der Staatsverwaltung die Rechtspolizei den Uebergang von der Polizei zur Rechtspflege bilden muß. Nun scheint sie aber in der That hinsichtlich dessen, was zur freiwilligen Rechtspflege gehört, schon dadurch hinreichend gerechtfertigt zu seyn, daß die Verwaltung dieses Theils der Rechtspolizei gerade vornämlich solche Kenntnisse und ein solches in ruhiger Stetigkeit sich bewegendes Verfahren erfordert, wie es bei der übrigen Polizei nicht, wohl aber bei der Rechtspflege vorausgesetzt ist [1]). Muß man aber dies anerkennen, so hat gewiß die Ansicht von Mohl eine starke Präsumtion für sich, wenn derselbe auch die Prävention gegen unmittelbar aus der Willkühr des Subjekts entspringende Rechtsverletzungen, als eine der zuvorgedachten homogene Funktion, gleichfalls der Justiz (als eine besondere, von den eigentlichen Gerichten abgesonderte, Abtheilung) überwiesen haben will. Falls diese Forderung auf die Ausübung der wirklichen Strafgerechtigkeit gegen gefährliche und als solche auf gesetzlichem Wege verpönte Handlungen beschränkt und nicht auf die vorbeugende, sichernde, aufspürende Thätigkeit gegen die konkrete Rechtsverletzung ausgedehnt wird, ist ihr ohne Zweifel beizutreten [2]). Denn nur, wenn lezteres

---

1) Auch der o. a. Bericht der Komm. der Wirt. Abg.Kammer verlangt keineswegs eine vollständige und noch weniger eine bleibende Zutheilung der Geschäfte der freiwilligen Rechtspflege an die Administrativbeamten.

2) Mohl Polizeiwissenschaft. (S. 34 n. 2.)

der Fall wäre, würden allerdings die Einwendungen von Wirth a. a. O. zutreffen, daß nämlich die Rechtspolizei dieselbe der Justiz fremde Unterordnung der untern unter die obern Stellen, ja eine noch strengere verlange, als die andern Theile der Polizei, mit ihnen also in wesentlicher Einheit stehe, daß sie dagegen von der Justiz sowohl hinsichtlich der Objekte, als des Verfahrens specifisch sich unterscheide. Diese Einwürfe fallen aber weg, sobald man es bei der gedachten Beschränkung bewenden läßt. Freilich behauptet im Gegentheile Mohl [1]) a) die präventive und wiederherstellende Thätigkeit in Beziehung auf Rechtsverletzungen gehören zu Einem organischen Ganzen, weil sie einen Zweck haben und nur in der Zeit ihrer Einwirkungen und den anzuwendenden Mitteln verschieden seien. b) Dagegen habe die Prävention gegen Rechtsverletzungen mit der übrigen Polizei nur den Zweck der Hinwegräumung von Störungen gemein; allein viel wichtiger sei die Grunddifferenz in dem Objekt der Störungen auf beiden Seiten. c) Offenbar sei nicht einzusehen, warum die Justizbehörden nicht ebensogut, als sie die Vormundschaften, Mundtodterklärungen, das Inventur- und Theilungswesen zur Vorbeugung möglicher Rechtsverletzungen besorgen, auch die Vorkehrungen zum Schutze des Staats, z. B. das Verbot geheimer Gesellschaften und die Censur, ferner die anderweitigen Anstalten zum Schutze der Einzelnen, z. B. die Anstalten gegen Vaganten, Jauner, und die Verwendung der Gensdarmerie, ausführen könnten und sollten. Allein dagegen ist wohl mit gutem Grunde zu repliciren, ad a) eine Homogeneität des Zwecks findet nur zwischen der Prävention

1) Polizeiwissenschaft I. S. 46. 47. System der Präventivjustiz. S.

gegen Rechtsverletzungen und der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, nicht aber zwischen diesen beiden und der streitigen Rechtspflege statt. Vielmehr ist die von Mohl sogenannte Präventivjustiz von der letzteren gerade durch ihren Zweck, bloß das allgemeine und Einzelwohl gegen Störungen zu sichern, während die Rechtspflege den Zweck hat, die absolute Geltung des Rechts als der substantiellen Norm des Daseins gegen jede wirkliche Negation wiederherzustellen, so entschieden getrennt, daß erstere als Theil der Polizei betrachtet und der lezteren principiell entgegengesetzt werden muß [1]). Nur diese Verschiedenheit des Zwecks ist es denn auch, welche sich weiter in der verschiedenen Zeit der Einwirkung und der Verschiedenheit der anzuwendenden Mittel offenbart. Gerade die letztere ist aber so groß, daß sie die vermeintliche Idealität des Zwecks unzweifelhaft überwiegt. In der That kann jedoch eine Gleichheit des Zwecks gar nicht angenommen werden, sondern nur eine Gleichheit des Objekts, gegen welches beide Thätigkeiten ganz verschiedene Zwecke ausüben. Diese Gleichheit des Objekts kann aber gar nichts entscheiden; sonst müßte man aus dem gleichen Grunde auch die Strafgesetzgebung mit der Strafrechtspflege identificiren. ad b) ist nun eben nur auf diese Gleichheit des Objekts Gewicht gelegt, welche, wie gesagt, nichts bedeuten kann, da derselben das viel wichtigere Moment gegenübersteht, daß die Rechtsstörungen in beiden Fällen in ganz verschiedenen Beziehungen zur Sprache und ganz verschiedene Zwecke dagegen in Vollzug kommen, für die Justiz nämlich haben sie nur die Bedeutung, absolut hinwegzuräumende Negationen der absoluten Rechtsnorm zu

1) Vgl. die bei Mohl Präventivjustiz, S. 16. Anm. a. E. angef.

seyn, für die Polizei dagegen erscheinen sie als mit Klugheit zu verhindernde Störungen des gemeinen und des Einzelwohls. Eben hieraus entspringt aber auch die Nothwendigkeit eines ganz verschiedenen Verhaltens der beiderseitigen Behörden. Während nämlich die Polizei überhaupt zu ihrem Objekte nur die allgemeinen und konstanten Verhältnisse der Individuen (so auch als Rechtspolizei eben nur die bleibenden Möglichkeiten von Rechtsverletzungen) hat, so hat die Rechtspflege die ganz singulären Handlungen des einzelnen Individuums zu ihrem Gegenstande. Daher sind auch die Maßregeln der Polizei in der Regel allgemeine und in's Große gehende, die Akte der Justiz dagegen stets von singulärer Natur. Das Verfahren der Polizei aber ist, eben um ihres Zwecks willen, nothwendig in einem gewissen Grade willkührlich, da sie es stets mit einer Vermittlung des allgemeinen Gesetzes mit dem vielgestaltigen Leben im Großen, in seinen unendlichen Möglichkeiten zu thun hat, der strenge Formalismus des Rechts daher der Erfüllung ihres Zwecks geradezu entgegenwirken würde; zugleich ergiebt sich aber eben aus dieser Unmöglichkeit einer in concreto strengen Gebundenheit des polizeilichen Handelns um so gewisser die Nothwendigkeit eines Ersatzes hiefür in einem streng hierarchischen Organismus der polizeilichen Behörden. Von beidem findet nun aber bei der Rechtspflege gerade das Gegentheil statt. Einerseits verlangt ihr Verfahren, bei dem es sich um Vermittlung der Rechte, um Bestimmung konkreter Schuld und Strafe handelt, einen strenggesetzlichen, ruhigen Formengang (noch ganz abgesehen von der Nothwendigkeit der öffentlichen und mündlichen Form der Ausübung); andrerseits verlangt ihre Thätigkeit eine wesentlich verschiedene, nämlich möglichst selbständige und

unabhängige Stellung ihrer Behörden gegenüber der der Regierung [1]). Allein das sind aber gewiß triftige Gründe, die sichernde Staatsthätigkeit von der Rechtspflege genau zu sondern, und hiegegen wird es sich kaum halten lassen, wenn Mohl sagt, die größere Beweglichkeit der Polizeibeamten und ihr Besitz zahlreicherer und wirksamerer Mittel könne nichts entscheiden. Denn, wenn er nun diese Vortheile einfach auf die Justiz übergetragen haben will (woran es auch in der That sein System der Präventivjustiz keineswegs fehlen läßt), so ist eben nur die Frage, ob nicht eine solche Uebertragung gerade mit dem Grundwesen der Justiz im offenbarsten Widerspruche stehen würde? ad c) dürfte gerade in der beliebten Beschränkung auf die Geschäfte der sogenannten freiwilligen Rechtspflege die Parallele unglücklich ausgefallen seyn. Denn ohne Frage wird man eben zwischen dem Theilungs-, Vormundschafts-, Testamentswesen einerseits und der Sicherung vor politischen Umtrieben, Jaunern rc. andrerseits, sowie zwischen dem ruhig ordentlichen Gang des Verfahrens im ersten, und dem vom Bedürfniß des Moments entnommenen Maßstab des Verfahrens im zweiten Fall die tiefste Kluft anerkennen. Da nun Theilungen, Inventuren, Pfand- und Vormundschaftswesen ohne Zweifel nicht nur im Objekt, sondern auch in dem durch das Objekt bedingten Gang des Verfahrens und Organismus der Behörden allerdings die bedeutendste Verwandtschaft mit der Civilrechtspflege zeigen, so wird es sich gewiß rechtfertigen, wenn dieser Zweig der Rechtspolizei unter das Justizministerium gestellt wird. Ganz ähnliche Gründe aber treten hinsichtlich der Aburtheilung der Polizeivergehen

1) Vgl. Mohl Polizeiwissenschaft, II. S. 543—549.

ein, wie dies denn auch Mohl durchaus anerkennt. Denn, wenn er einerseits als Gründe für die Ueberweisung an die Gerichte die bei diesen vorhandene schützende Form und Unpartheilichkeit nicht gelten lassen will, so hebt er ja diesen Einwurf selbst wieder vollkommen, indem er gleich darauf zugiebt, daß bei dem strafenden Polizeibeamten die persönliche Unabhängkeit von Einflüssen der höheren Staatsbehörden oder des Staatsoberhauptes selbst keineswegs in dem Grade vorhanden sei, noch seyn könne und dürfe, wie bei dem Gerichtsbeamten [1]). Keineswegs treten aber dieselben Gründe ein hinsichtlich der eigentlich präventiven Thätigkeit der Rechtspolizei. — Nimmt man nun alles zusammen, so wird man in dem hier Ausgeführten keinen Widerspruch gegen das oben §. 6 S. 33 Gesagte finden. Wenn nämlich dort die gesammte Reaktion gegen das bloß mögliche Unrecht der Polizei vindicirt wurde, so bleibt dies auch auf gegenwärtigem Standpunkte als das Begriffsgemäße anerkannt, und es wird nur die Modifikation beigefügt, daß es passend scheine, von dem Gesammtgebiete der Rechtspolizei aus vorgedachten Gründen theils die sogenannte freiwillige Rechtspflege, theils die Aburtheilung der Polizeiübertretungen abzutrennen und als eigene Abtheilung, d. h. abgesondert von den gewöhnlichen Civil- und Kriminalgerichten, unter das Justizministerium zu stellen [2]).

§. 184.

Die Nothwendigkeit der Rechtspolizei liegt in der Absolutheit des Rechts, als der unverbrüchlichen Norm des socialen Lebens, welche durch die Rechtspflege nicht vollkommen gesichert wird, noch gesichert werden kann. Denn, da letztere

1) Mohl a. a. O. S. 42.
2) Vgl. Heffter N. Arch. 1843. S. 113—134.

für den Eintritt ihrer Thätigkeit eine konkrete Negation der objektiven Sittlichkeit jedes Mal voraussetzt, so läßt sie eben darum die Existenz des rechtlichen Zustandes überhaupt in der Zufälligkeit beharren, welche ihm schlechthin unangemessen ist, und insbesondere wären die unersetzlichen Rechte ohne den Schutz der Rechtspolizei geradezu der Willkühr preisgegeben [1]). Aus dem absoluten Seyn der objektiven Sittlichkeit folgt daher mit Nothwendigkeit, daß nicht bloß an und für sich unrechte Handlungen, sondern auch bloß rechtsgefährliche verboten und im Begehungsfall gestraft werden müssen. Solche Handlungen können aber entweder in einer an und für sich schon zum Verbrechen tendirenden Gesinnung ihren Ursprung haben, oder können sie an sich nicht unrechtliche Akte seyn, die jedoch durch den Konflikt mit irgend einer zum Zweck des gemeinen Wohls errichteten Anstalt dem Rechte Gefahr drohen. Immer haben sie den Charakter, die reale Möglichkeit der Verletzung eines Rechts in sich zu schließen. Eben dadurch sind sie gefährliche Handlungen. Die hiernach ihrem Begriffe anklebende Unbestimmtheit erzeugt nun die doppelte Forderung, daß: 1) gesetzlich genau bestimmt werde, was für eine Polizeiübertretung angesehen werden soll (gerade darin aber liegt auch wieder die Möglichkeit, auch einem keines bösen Vorsatzes sich bewußten Willen gleichwohl eine formelle Schuld zuzurechnen und ihn wenigstens wegen fahrlässiger Rechtsunwissenheit zu bestrafen, wobei dann aber überhaupt der Unterschied zwischen dolus und culpa wegen der Geringfügigkeit des Objekts und des gegen jenen Unterschied indifferenten Zwecks des Verbots auf ein Minimum zusammengehen wird [2]); 2) daß nur solche Handlungen zu Polizeivergehen gestempelt werden, welche ihrer Natur und der Regel nach aus subjektiven oder objektiven

1) Mohl Präventiv-Justiz, S. 5.
2) Mohl a. a. O. S. 44. n. 10 u. Globig ib. cit.

Gründen als Vermittlungen von Rechtsverletzungen betrachtet werden können.

Anm. — Bei der im Uebrigen treffenden Definition des Polizeivergehens von Wirth[1]) ist es ein Mangel, daß nur auf die aus psychologischen Gründen sich ergebenden konstanten Vermittlungen des Unrechts Rücksicht genommen scheint, während die quantitativ unendlich bedeutendere Zahl der Polizeivergehen der Klasse der an sich harmlosen und nur durch den Konflikt mit gewissen Anstalten rechtsgefährlich werdenden Handlungen angehört. Wenn nun Mohl, troß einiger Anstände, endlich kein Bedenken trägt, die Bestrafung aller Polizeivergehen der Justiz zu überlassen, gleichwohl aber doch wieder diese Ueberweisung nur auf die bedeutenderen Fälle eingeschränkt wissen will[2]), so ist ihm zwar in der Sache beizustimmen; aber Konsequenz liegt wohl nicht darin, wenn einerseits so großes Gewicht darauf gelegt wird, daß es die Justiz bloß mit Rechtsstörungen, die Polizei bloß mit Interessestörungen zu thun habe, gleichwohl aber andrerseits nun die Bestrafung auch aller irgend bedeutenderen Interessestörungen der Justiz überwiesen wird.

III. Der Staat.

§. 185.

Die Forderung der beiden Thätigkeiten, deren eine die Substantialität des Rechts als das Wohl der Individuen zu verwirklichen hat (der Rechtspflege), die andre das Wohl der Einzelnen und der Gesammtheit als rechtliche Angelegenheit zu realisiren bestimmt ist (der Polizei und der Fürsorge

1) System der spek. Ethik II. S. 260. 261.
2) Präventiv-Justiz S. 51 ff. Polizeiwissenschaft I. 41—44.

für die Interessen des geistigen Wohls), führt auf die Forderung einer organischen Einheit dieser Thätigkeiten, welche sofort, als eine aus sich seiende Totalität, sich durch ein eigenthümliches Fundament ihrer objektiven Existenz und Subsistenz (die Finanzen) zu bewähren hat. Dieser Organismus der Wechselwirkung von Recht und Wohl, oder — was dasselbe ist — diese vermittelte Einheit des allgemeinen und des besondern Willens in der Sphäre des objektiven Daseins, d. h. also: dieser Organismus der Rechtsidee in ihrer Totalität ist — der Staat, welcher, als dieser Ausdruck der sittlichen Idee in dem besonderen Kreise der Objektivität, gegenüber dem individuellen Geiste einer — und dem Geiste der Menschheit andrerseits, den Volksgeist zu seinem specifischen Organe hat.

§. 186.

Indem der Staat hiemit alle relativen sittlichen Einheiten im Gebiete des objektiven Daseins als deren Totalität in sich aufnimmt, so ergiebt sich, daß das Verbrechen, dessen Wesen die Verletzung des Rechts als der objektiv sittlichen Norm ist, in allen seinen Formen und Abstufungen sich als Negation des Grundprincips des Staats erweist und daher auch die Reaktion gegen das Verbrechen wesentlich eine Staatsangelegenheit seyn muß. Diese Beziehung des Verbrechens auf den Staat offenbart sich aber 1) in der Allgemeinheit und Ausschließlichkeit der Rechtspflege, welche gleichwohl, um einer aus ihrem Principe hervorgehenden Antinomie zu entgehen, das Recht der Nothwehr als Ausnahme erkennen muß, 2) in der Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat und seine nach Umfang und Dauer mannigfaltig bestimmten Strafgesetze. Indem aber der Staat alle anderen sittlichen Sphären, sofern sie das Gebiet der Objektivität betreten, in sich aufnimmt, so muß er 3) auch für diejenigen sittlichen Sphären, welche ihr Princip ausserhalb der objektiven Sittlichkeit haben, innerhalb seiner eine

eigenthümliche Form der Reaktion, die korrektive Strafgerechtigkeit (der Familie, Kirche und Schule) zulassen.

Anm. — Die unläugbare Wahrheit, daß das Verbrechen in allen seinen Stufen und Formen eine negativ unendliche Tendenz gegen den Staat selbst zeigt, — eine Wahrheit, die weder in dem römischen System des Privatpönalwesens, noch in dem germanischen Kompositionssystem eigentlich verkannt worden ist (der Fehler lag nur in der noch unreifen Entwicklung der Staatsidee selbst), hat einer besonderen Strafrechtstheorie, der sogenannten Nothwehrtheorie zur Grundlage gedient, deren Ausführung jedoch in ihrer spekulativen Dürftigkeit sich in sonderbarem Mißverhältnisse zu der Tiefe ihres Grundgedankens befindet[1]).

1) Allgemeinheit und Ausschließlichkeit der Rechtspflege.

§. 187.

Da das Verbrechen die Verletzung des Rechts als Rechts, der Staat aber der Organismus der Rechtsidee ist, so ist die Rechtspflege (§. 175) wesentlich eine Funktion des Staats. Sofern aber der Staat die Totalität aller objektiv sittlichen Kreise ist, so ist eben damit die Rechtspflege durch den Staat als die ausschließende, alle objectiv sittlichen Potenzen umfassende Weise der Verwirklichung des Rechts gegen das Verbrechen gesetzt. Dieses ausschließliche Recht des Staates, gegen das Verbrechen einzuschreiten, folgt aus seiner unbedingten Pflicht hiezu. Diese Pflicht aber liegt darin, daß es sich hier nicht bloß um eine irrige Subsumtion des behaupteten Rechtsanspruchs unter das Recht als solches, sondern um eine direkte Negation des letzteren handelt. Diese

1) Vgl. darüber Luden in der Vorrede zur Uebersetzung von Romagnosi, wo aber freilich viele unbegründete Argumente gegen Martin vorgebracht sind.

Negation der Substanz des Rechts kann nur der Staat, als Organ der Substanz des Rechts, auf angemessene Weise tilgen, und er muß sie tilgen, wenn er nicht mit seinem eigenen Begriff in Widerspruch gerathen will; ja, er muß diese Pflicht selbst gegen den Willen des unmittelbar Verletzten vollziehen, weil auf die Substanz seiner Rechte Niemand verzichten kann (§. 182), und nur diese hier das Objekt der Wiederherstellung ausmacht. Auch kann der Staat die Ausübung der gedachten Pflicht weder von der Klage des Verletzten, noch von dem Mißlingen eines Sühneversuchs abhängig machen, eben weil die Substanz des Rechts das schlechthin Giltige, Unveräußerliche ist. In dieser unbedingten Pflicht des Staats liegt aber von selbst die Ausschließlichkeit seines Rechts, weil die Substanz des Willens sich nur auf substantielle Weise aus ihrer Negation wiederherstellen kann, wie denn auch der Verbrecher das Recht hat, nur vom Staate, als seiner eigenen objektivirten Vernunft, gerichtet zu werden.

Anm. — Es ist freilich eine einseitige Abstraktion, wenn die Chinesen alle Lebensverhältnisse unter die Kategorie des Juridischen stellen und das Individuum auch wegen jeder Lieblosigkeit und Unhöflichkeit zum Richter weisen, der dann der mangelnden Liebe und Freundschaft mit dem Bambusrohr nachhelfen darf. Nur das andere Extrem ist es aber, wenn die öffentliche Meinung den Individuen für wahre Rechtsstreitigkeiten, für Beleidigungen, die durch das Gericht gesühnt werden können und sollen, diesen Weg versperrt und ihnen die Einbildung vormacht, als ob diese Sühne von keinem so guten Kaliber sei, als die Rache, die man sich mit eigener Faust nehme. — Damit soll indeß nicht geläugnet werden, daß in den historischen Verhältnissen eines Staates eine Antinomie liegen kann, welche allerdings die Konsequenz jener Ansicht rechtfertigt. Wenn die Gesetzgebung

über Injurien dem Geiste des Volks geradezu widerspricht, so ist dieses gezwungen, für die Wunden seiner Ehre die Heilung auf anderem Wege zu suchen. Besonders kraß kann die Kollision bei solchen Verbrechen werden, welche nur mittelbar auch die Ehre angreifen, wie Ehebruch, Entführung ꝛc., wenn ein ehrlicher Mann dieselben an seinen Angehörigen zum Theil so gut als straflos begangen sehen muß. Keine Frage, daß hier die öffentliche Meinung Recht hat, wenn sie dem Schwergekränkten räth, die spöttische Genugthuung durch das Gericht zu verschmähen und seinen Ingrimm auf die Spitze eines Degens zu setzen. Das Princip dieser Meinung wird hiemit keineswegs gutgeheißen. Es ist ein Unglück, wenn das empirische Recht so laxe Grundsätze über die Ehre hat. Aber eben dies soll nicht seyn, und, wenn es anders ist, wenn der Staat seine Pflicht thut, so muß auch das Individuum sich ihm anvertrauen und bei ihm die Herstellung seiner Ehre suchen. Ein geistig gesunder Mensch wird dann an dem gesunden Staate gerade seinen besten und theuersten Schutz finden und das Recht, sich vor sein Gericht stellen zu dürfen, — versteht sich vor ein öffentliches, — wird ihm als das einzige Mittel wahrer, der unendlichen Freiheit der Persönlichkeit allein angemessener, Genugthuung erscheinen. — Wie aber das Individuum das Recht hat, alle seine Streitigkeiten vor Gericht zu bringen, so hat auch der Staat ein Recht an alle Streitigkeiten der Individuen. Die Rechtspflege ist eine aus der Maxime der Koexistenz nothwendig hervorgehende Institution, welche der Selbsthilfe keine gerechtfertigte Stelle übrig läßt. Die Selbsthilfe, welche das positive Recht theilweise zuläßt, ist auch in der That nicht als Schranke, sondern als Koncession der Justiz anzusehen. Theils ist sie

dem Inhalt nach ganz auf das sogleich näher auszuführende Recht der Nothwehr beschränkt, theils bildet der erlaubte Vergleich gegen die Allgemeinheit der Rechtspflege deshalb keine Schranke, weil ein streitiges Recht, auf welches man verzichten darf, eben nur so lange streitig ist, als man nicht darauf verzichtet, mit dem Verzicht daher aller Stoff zur Thätigkeit der Justiz hinwegfällt.

§. 188.

Diese Ausschließung der Privatrache ist jedoch eben dadurch bedingt, daß der Staat jedem Verletzten zur adäquaten Wiederherstellung seiner Rechte verhilft. Nun setzt aber einerseits die Thätigkeit der Rechtspflege die wirklich gewordene Existenz des Unrechts voraus, und gleichwohl ist andrerseits ihre Ausschließlichkeit gefordert. Aus ersterem Moment folgt gerade, daß sie das Existentwerden des Unrechts selbst nicht verhindern kann, was zwar der Staat in der Form der Rechtspolizei zu leisten sucht, aber gleichfalls nicht vollkommen zu leisten vermag, weil die Polizei, wenn sie nicht zur unerträglichen Tyrannei werden soll, sich nicht auf die singulären Willensakte der Individuen einlassen darf (wie die sogenannte geheime Polizei thut), sondern sich auf die allgemeinen und konstanten Möglichkeiten und Formen ihrer Bewegung zu beschränken hat. Müßte nun ein mit dem Verluste eines überhaupt oder im besonderen Fall unersetzlichen Rechts bedrohtes Individuum diesen Verlust ruhig hinnehmen, so würde der Staat durch eine solche Zumuthung das Unrecht selbst als geltend, d. h. als Recht setzen. Die Lösung dieser Antimonie liegt in dem Rechte der Nothwehr.

Anm. — So sehr eine immer genauere Erforschung der Geschichte der einzelnen strafrechtlichen Lehren gewünscht und, wo sie geboten wird, mit Dank angenommen werden muß, so kann doch auch die Beschäftigung

mit dem historischen, namentlich dem germanischen Rechte die Gefahr einer unnöthigen Verwirrung um so mehr herbeiführen, je leichter ein übrigens wohlgemeinter Patriotismus sich darin täuschen kann, wenn er eine bei den früheren unreifen politischen Zuständen der germanischen Stämme sehr erkärliche mangelhafte Entwicklungsform eines Begriffs der entwickelten Form des römischen Rechts gegenüber als das Urdeutsche, Bessere, woran man noch heute wieder anknüpfen sollte, aufstellen zu müssen glaubt. Eben dies scheint dem verdienstvollen Zöpfl [1]) bei seiner Ausführung über den vermeintlichen Unterschied zwischen dem römischen und dem germanischen Begriffe von der Nothwehr begegnet zu seyn. Denn seine eigenen Anführungen aus dem deutschen Rechte zeigen in der That das nicht, was er damit zeigen will, daß nämlich das deutsche Recht die Nothwehr als einen Fall des Nothstands aufgefaßt habe, während sie vom römischen unter die höhere Kategorie einer Vertheidigung des Besitzes oder Quasi-Besitzes überhaupt gebracht worden sei. Ersteres wäre um so verwunderlicher, je weiter entfernt dem Wesen nach die Begriffe der Nothwehr und des Nothstands in der That sind. Man hat aber wirklich keinen Grund, dem deutschen Rechte eine so starke Verwechslung der Begriffe Schuld zu geben. Denn in seiner gesammten Entwicklung bis zur P. G. O. hin und von dieser bis auf unsre Zeit herab zeigt sich so wenig ein von dem römischen verschiedenes Prinzip, daß sie vielmehr gerade nur als ein allmäliges Hinstreben zu dem vollen Ausspruch des im römischen Rechte klar und vollständig ausgedrückten Grundgedankens erscheint, und die von Zöpfl hervorgehobenen Abweichun-

1) N. Arch. 1842. S. 118 ff. 311 ff.

gen nur aus äußerlichen Umständen, insonderheit der in Deutschland so lange zurückgehaltenen Entwicklung des Staatsbegriffs, desgleichen der nur allmäligen Entwicklung des Schuldbegriffs, dazu aus dem Mangel wissenschaftlicher Abstraktion und dem ungebildeten Beweissysteme des älteren deutschen Rechts sich erklären [1]). Der Grundgedanke des römischen Rechts aber ist kein anderer, als der oben aufgestellte, wie dies auch die Meisten anerkennen. Freilich können nicht alle naturrechtlichen Begründungen als stichhaltig erkannt werden, insonderheit nicht die von Feuerbach [2]), wornach ein Jeder sein natürliches Recht der Selbstvertheidigung nur unter der Bedingung an den Staat übertragen haben soll, daß dieser den erforderlichen Schutz gewähre, so daß dann in Ermanglung dieses Schutzes das gedachte Recht dem Individuum zustehe [3]). Indessen erkennt Luden [4]) mit Recht an, daß, abgesehen von der fingirten Uebertragung an den Staat, auch dieser Theorie des subjektiven Idealismus das richtige Princip zu Grunde liege; und es ist nur nicht wohl zu begreifen, wie er am selben Orte sich gegen die Theorie des objektiven Idealismus, welche von der Nichtigkeit des Unrechts in sich ausgeht [5]), in Gegensatz stellen mag. Denn auf dasselbe Grundprincip rekurrirt er ja selbst, während dies freilich der von ihm citirte Abegg [6]) nicht thut. Der Grund der Recht-

---

1) Der irrigen Ansicht, daß die Nothwehr ein Fall des Nothstands sei, sind übrigens auch jetzt noch manche Kriminalisten.

2) Lehrb. §. 36. Vgl. Henke I. S. 206.

3) Sander N. Arch. 1841. S. 80.

4) Handb. I. S. 292 not. 4.

5) Richter Philos. Strafr. S. 135 ff. Michelet Moral S. 161 ff. Heffter §. 41. n. 1.

6) Lehrb. §. 109. Unters. S. 111 ff. Abegg polemisirt hier sehr mit Unrecht gegen Heffter, der unter Nothwehr keineswegs das

mäßigkeit der Nothwehr liegt nach beiden Ansichten eben nur darin, daß das Recht sich gegen das Unrecht, als das an sich Richtige, geltend macht, und das Weitere, daß eine solche Manifestation dem Individuum nur in gewissen Fällen, nämlich eben im Falle der Noth, gestattet sei, ist sodann ein andrer Punkt. Eben aus diesem letzteren Momente ergeben sich daher von selbst die Schranken der Nothwehr, welche, wie Abegg und Luden meinen, von Heffter ignorirt seyn sollen. Wenn sie aber Letzterem vorwerfen, daß nach seinem Principe eine Verletzung des Unrechthandelnden auch ohne den Zweck der Selbstvertheidigung erlaubt seyn würde, so übersehen sie nicht nur, daß Heffter ausdrücklich dieses Recht auf den Fall der Noth (der Abwesenheit der Staatshilfe) einschränkt, sondern auch, daß ja allerdings Nothwehr auch zum Schutze eines Andern rechtmäßig ist. Der Unterschied zwischen der subjektiv- und der objektiv-idealistischen Ansicht liegt nur darin, daß die eine die Person als die Quelle des Rechts ansieht, wofür sie der anderen nur als Träger gilt. Wenn aber Abegg hier gerade nach der ersteren greift, so liegt der Widerspruch mit dem Grundgedanken des Systems, dem er sonst huldigt, am Tage. Der große Unterschied der Nothwehr vom Nothstande liegt gerade darin, daß beim letzteren nicht dem Rechte das durchaus nicht zu duldende Unrecht, sondern ein Recht, aber ein gegen das in Noth begriffene beschränktes Recht gegenüber steht, daß daher hier allerdings ein Fall der Kollision vorhanden ist, wovon bei der Nothwehr gar nicht gesprochen werden kann (daß dies gleichwohl bei der Eigenthumsnothwehr nicht selten geschieht, ist leider wahr

---

Recht versteht, in der Noth Unrecht zu thun. Vgl. auch *Rosmini* Filosofia del diritto t. 696—718.

und ist eine traurige Folge der Verwechslung zwischen Nothwehr und Nothstand, die noch hie und da vorkommt), daß daher auch bei der Nothwehr von einer Abwägung gegenseitiger Rechte gar keine Frage seyn darf [1]).

§. 189.

Die Nothwehr ist hiernach weder Rache, noch Strafe. Ersteres nicht, weil sie nicht das verletzte subjektive Rechtsgefühl in seiner Unendlichkeit zum Principe, sondern objektive Grenzen hat, durch deren Verläugnung sie selbst zum Unrechte wird. Letzteres nicht, weil sie von einem Individuum ausgeht und, als Vertheidigung gegen ein erst drohendes, mithin maßloses Unrecht, nicht an das Princip der Wiedervergeltung gebunden seyn kann. Sie ist vielmehr das gegen drohendes, im konkreten Fall durch den Staat nicht abwendbares, Unrecht dem Individuum zu seinem eigenen oder dem Schutze eines Dritten zustehende Vertheidigungsrecht.

Anm. — Die einfache Selbstvertheidigung, die in bloßer Abwehr besteht, ohne sich bis zu wirklicher Verletzung des Angreifenden zu erstrecken, wird hie und da uneigentliche Nothwehr [2]) genannt, gehört aber nicht in die Theorie des Strafrechts. Dasselbe ist aus demselben Grunde von der Vertheidigung gegen Verletzungen zu behaupten, die nicht von Menschen, sondern von belebten unvernünftigen, wiewohl im menschlichen Eigenthum befindlichen Geschöpfen bevorstehen [3]). Freilich ist nun neuerdings von Zöpfl (N. Arch. 1843. S. 27 ff.) geradezu behauptet worden, daß die Stellung der Nothwehr unter das allgemeine Princip der Selbstvertheidi-

1) Sander N. Arch. 1841. S. 68 ff.

2) Henke I. S. 209. 210. Daß aber die uneigentliche Nothwehr gar nicht zur Nothwehr gehöre, ist eine sonderbare Behauptung von Luden, Handb. I. S. 292. n. 3, und Marezoll S. 64. 65.

3) S. Heffter §. 42.

gung nicht nur bloß ungermanisch, sondern überdies an und für sich unrichtig sei, und, während das braunschw. G.B. neben dem Code pénal wegen Festhaltens an dem vermeintlich germanischen Gesichtspunkte eifrigst belobt werden, erfahren die übrigen neuen deutschen Legislationen strengen Tadel darüber, daß sie mit Feuerbach generalisirt und romanisirt haben sollen. Sieht man indessen den Kern dieser Kritik an, so wird man keinen Augenblick anstehen können, das Verfahren der Mehrzahl der neuen Gesetzbücher im Princip vollkommen richtig und nur die Konzessionen gefährlich zu finden, die sie hie und da der Ansicht von Zöpfl machen. Letztere geht nämlich dahin, daß die in der Nothwehr vorgenommenen Akte immer der Form nach gesetzwidrige Handlungen (Missethaten) seien, die man in Berücksichtigung des vorhandenen Nothstandes ignoriren, d. h. für straflos erklären müsse. Es soll also von keinem Rechte der Nothwehr die Rede seyn, sondern dieselbe vielmehr für ein strikt auszulegendes Privilegium erklärt werden, dem man dann allerdings einige ähnliche an die Seite setzen könne. — Was nun für diese Afterrechte das Princip bilden soll (es gehören darunter ungemein praktische Rechte), mag ganz dahingestellt bleiben. Für die eigentliche Nothwehr soll das Princip des Nothstands gelten; dieses aber soll darin bestehen, daß der Nothstand die absolute Negation alles und jeden Rechtszustandes, mithin eine Abnormität des Koexistenzialverhältnisses sei. So wenig nun diese Auffassung des Nothstands an sich gebilligt werden kann, so möge doch die Prämisse einen Augenblick für richtig genommen werden. Allein nur um so mehr muß man über die Folgerungen erstaunen, die daraus gezogen werden. Zwar sagt der Verf. ganz richtig: aus dem gedachten Begriffe

des Nothstands folge die Unmöglichkeit, von dem darin Befindlichen die Unterlassung jener Handlungen zu fordern, welche lediglich unter Voraussetzung einer geordneten socialen Koexistenz und in Gemäßheit des Begriffs einer solchen (d. h. des Begriffs des Rechtszustands) unzulässig seien, — da eine Handlung nur in sofern Unrecht sei, als in ihr eine Negation des Rechts liege. Allein nun meint er weiter: weil der Nothstand ein „abnormer" Zustand, die Gesetzgebung aber nur zur Regelung des socialen Normalzustandes berufen sei, so dürfe das Handeln im Nothstande nicht als Recht, sondern nur als Ausnahme vom Recht prädicirt werden. Wie schlimm es für den ehrenhaften Bürger bestellt wäre, wenn dieser Schluß je legislative Anerkennung erhalten sollte, wollen wir unerörtert lassen, weil zum Glück der Schluß eben so theoretisch unrichtig, als seine Konsequenz unpraktisch ist. Denn, da der Verf. selbst ganz deutlich sagt, der Nothzustand sei die Negation des Rechtszustandes, mithin sei eine in jenem begangene Handlung nicht Unrecht, was sie nur unter Voraussetzung des Bestehens des Rechtszustandes seyn würde, so ist ja ganz klar, daß er eine solche Handlung eben damit für Recht erklärt, da es zwischen Recht und Unrecht kein Mittelding giebt. Ist dem aber so, dann ist alles Weitere völlig nichtssagend. Denn, kann die Abnormität des Zustandes das Recht nicht zum Unrecht machen (dies nimmt ja Zöpfl selbst nicht an), so muß es auch völlig als Recht bestehen bleiben; und daraus, daß die Gesetzgebung nur den socialen Normalzustand zu regeln habe (welcher Satz freilich ein Erbstück aus der Reflexionsphilosophie ist und mit der von Zöpfl kurz zuvor aus Hegel aufgenommenen Definition des Unrechts schlecht zusammenstimmt), würde ja nur folgen,

daß nun eben die Gesetzgebung mit dem Nothstand sich gar nicht zu befassen hätte. — Daß übrigens diese Bemerkungen nicht auch den Code pénal und das braunschweigische G.B. treffen, versteht sich von selbst. Denn, da diese Gesetzgebungen zwar allerdings der Nothwehr nicht in genereller Weise erwähnen, gleichwohl aber sofort nicht versäumen, das gleiche Princip auch auf andere Fälle auszudehnen, so fällt ihnen, da sie keinen doktrinellen Zweck haben, keinerlei Vorwurf zur Last; im Gegentheil kann ihre Behandlungsweise passend befunden werden, weil ein Strafgesetzbuch allerdings nicht nöthig hat, von dem Recht der Selbstvertheidigung überhaupt zu reden. Daß aber insbesondere der Code keineswegs die Ansicht von Z. begünstigt, liegt doch wohl klar darin, daß er erklärt, Tödtung ꝛc. in Nothwehr sei non qualifié crime, ni délit.

§. 190.

Die Bedingungen der Nothwehr sind 1) ein die Verletzung eines Rechts, gleichviel welcher Art, drohender Angriff, welcher 2) ein ungerechter seyn muß, und wogegen 3) die zeitige Hilfe des Staates oder eine unschimpfliche Flucht nicht als Abwehrmittel zu Gebot gestanden haben darf.

Anm. — Diese Bedingungen werden oft, so auch wieder von Luden [1]), nicht gehörig gesondert, was dann nothwendig eine Verwirrung der Fälle, wo es an den Bedingungen der Nothwehr überhaupt fehlt, mit den Fällen der Ueberschreitung ihrer Grenzen zur Folge haben muß.

ad 1) sind vorzüglich zwei Punkte bestritten; a) ob Nothwehr nur zum Schutze von Leben, Gesundheit und

---

1) Handb. §. 45; s. dagegen Feuerbach §. 38. Wächter I. §. 51. 52.

Freiheit (etwa auch noch der Keuschheit), oder ob sie auch zum Schutze des Eigenthums und der Ehre gestattet sei? b) ob auch ein schon vollbrachter Angriff noch das gleiche (oder wenigstens ein ähnliches) Recht gebe, wie ein erst drohender.

a) Hier ist wieder ein doppelter Gesichtspunkt zu unterscheiden, nämlich die Frage: ob gewisse Rechte schlechthin als solche zu prädiciren seien, deren drohende Verletzung zur Nothwehr berechtige? und die Frage: ob es nicht Rechte gebe, die nur relativ hierher gehören, sofern immer ein gewisses Verhältniß zwischen dem bedrohten Rechte und den Behufs der Abwehr zu beeinträchtigenden Rechten des Röthigers obwalten müsse? In beiden Richtungen sind mannigfache Beschränkungen der Eigenthumsnothwehr für nöthig gehalten worden, die auch in neueren gesetzgeberischen Arbeiten wieder erscheinen [1]). — Einige behaupten nämlich, die Nothwehr sei nur zulässig zum Schutze eines unersetzlichen oder eines solchen Guts, das wenigstens unter den besondern Umständen des Falls unwiederbringlich verloren gewesen wäre. Sie schließen daher insbesondere die Eigenthumsnothwehr dann aus, wenn nach den Umständen des Falls der Verletzte auf genügenden Ersatz durch die Gerichte hätte rechnen können [2]), was dann meist bei Angriffen auf unbewegliches Gut (freilich ganz gegen das positive Recht) unbedingt angenommen wird. Dagegen wird von andrer Seite der Satz nur relativ gestellt, d. h. die Eigenthumsnothwehr wird an sich zugelassen, dabei aber ge-

1) Wirt. G.B. Art. 102. 103. Bad. Entw. Art. 78—81.

2) *Böhmer* Medd. ad art. 140. §. 3., ad Carpz. qu. 32. obs. 1. Feuerbach §. 38. Salchow Darstellung I. S. 50. Martin §. 45. Marezoll §. 24. Vgl. Fichte Naturrecht S. 82.

fordert, daß bei der Vertheidigung eines an sich ersetzlichen Rechts wenigstens kein unersetzliches Recht des Angreifers verletzt werde [1]). Gewissermaßen den Uebergang zwischen diesen beiden Ansichten bildet die [2]), wornach zwischen ersetzlichen und unersetzlichen Rechten zwar nicht abstrakt unterschieden, immer aber doch ein im konkreten Fall drohender bedeutender (oder doch nicht ganz unbedeutender) Schaden erfordert werden soll. — Eine besondre Modification der Beschränkung der Eigenthumsnothwehr, welche sich bei Luden [3]) a. a. O. findet, wird besser erst weiter unten zu erwähnen seyn. — Im Gegensatze gegen alle diese Ansichten behaupten dann Andre [4]), daß es auf den Inhalt des angegriffenen Rechts, selbst wenn es nur durch Tödtung des Angreifers geschützt werden könne, nicht ankomme. — Letztere haben aber offenbar Recht, sobald es mit dem hier angenommenen Principe der Nothwehr seine Richtigkeit hat, wie dies auch besonders Heffter treffend hervorhebt. Sander und Zachariä haben den entgegengesetzten Behauptungen ganz richtig entgegengehalten, daß die auf ein Verhältniß des bedrohten Rechts auf der einen und des verletzten Rechts auf der andern Seite rekurrirende Theorie mit der ganzen Grundlage des Nothwehrrechts in Widerspruch geräth (wobei man

---

1) Tittmann Handb. I. S. 273. 274.; s. aber auch Note p.

2) *Koch* Inst. jur. crim. §. 449. *Damhouder* cap. 78. nr. 4. *Paalzow* Comp. S. 313.

3) Handbuch I. S. 296.

4) *Leyser* Sp. 600. med. 17. *Püttmann* Elem. §. 321. Grolmann §. 25. not. d. §. 140. not. d. Werner Handb. §. 217. Roßhirt LB. §. 27. n. 8. 9. Abegg LB. §. 109. Heffter §. 43. n. 4. Wächter I. §. 51. Sander N. Arch. a. a. O. Zachariä ebend. 1841. S. 422 ff.

ja nie vergessen darf, daß dem Rechte das Unrecht gegenübersteht, daß keineswegs, wie beim Nothstande, eine Kollision vorhanden ist, und daß endlich bei der Nothwehr ihrer Natur nach das für die Strafe giltige Princip der Wiedervergeltung nicht anschlägt), — daß dabei ferner der Werth des die ganze Existenz der Persönlichkeit im socialen Leben bedingenden Eigenthumsrechts viel zu gering angeschlagen wird, — daß endlich dasselbe Argument ganz ebenso auch auf die drohenden Verletzungen sogenannter unersetzlicher Rechte angewendet werden müßte, sobald nur bei diesen im besondern Falle gleichfalls gezeigt werden könnte, daß nur ein ganz unbedeutender Theil des fraglichen Rechts den Gegenstand des Angriffs gebildet habe (z. B. eine abzuschneidende Haarlocke, ein kurzer Zwang zum Modellstehen ꝛc.). Eine ganz andre Frage ist es dann übrigens, ob ein in abstracto zur Nothwehr geeignetes Recht es auch unter allen Umständen in concreto sei? dies wird unter 3) zu erörtern seyn. Genug, wenn vorläufig festgestellt ist, daß das Eigenthumsrecht an und für sich so gut, als die übrigen der Persönlichkeit inhärirenden Rechte, durch Nothwehr geschützt werden kann und muß, und daß die Ansicht, die ihm einen geringeren Werth zuschreibt, schon wegen ihres Ursprungs aus der Theorie vom vermeintlichen Naturzustande nichts taugt [1]). — Was nun ferner die Ehre betrifft, so wird zwar im Ganzen wohl allgemein zugegeben, daß gegen Angriffe auf die Keuschheit und gegen drohende Realinjurien Nothwehr zulässig sei, dagegen verwerfen allerdings die Meisten [2]) die Statthaftigkeit derselben gegen

---

1) Sander a. a. O. S. 81.

2) Die Aelteren schränken die Nothwehr meist auf Realinjurien ein.

wörtliche und symbolische Injurien, theils weil der Staat auf dem Wege des Rechts die verletzte Ehre wiederherzustellen vermöge, theils weil in solchen Injurien niemals ein solcher gegenwärtiger Angriff enthalten sei, zu dessen Abwehr die Verletzung des Andern als das geeignete Mittel erscheinen könnte. Umgekehrt fehlt es jedoch auch nicht an älteren und neueren Kriminalisten, welche der entgegengesetzten Ansicht sind [1]) und es keineswegs für unerlaubt halten, „Jemanden, der uns auch nur mit Worten injuriiren will, in dem Augenblick auf den Mund zu schlagen und ihm die Lust dazu zu benehmen.“ In der That können auch die dagegen vorgebrachten Gründe nicht für stichhaltig erkannt werden. Zwar wird außer den angeführten noch der weitere, in jenen selbst stillschweigend verworfene, angegeben, daß gegen Verbalinjurien gar keine Nothwehr möglich sei, weil dieselben mit dem ersten Hervortreten der verbrecherischen Erscheinung auch sogleich vollendet seien, mithin die Nothwehr stets zur unerlaubten Rache sich gestalte [2]). Allein hiegegen ist nicht nur das anzuführen, was weiter unten in Beziehung auf die Unbrauchbarkeit des Begriffs des vollendeten Verbrechens für die Lehre von der Nothwehr zu sagen ist, sondern es ist auch geradezu zu widersprechen, daß eine Unterbrechung des Akts vor der Vollendung nicht denkbar sei.

---

und zwar zum Besten von Offizieren und Standespersonen. S. die bei Wächter I. S. 89 Angef., ferner Püttmann §. 322. Feuerbach §. 38 not. c. u. Mittermaier not. 2 hinzu, nebst den dort Angef., zu denen aber Wächter mit Unrecht gerechnet ist; dazu Luden a. a. O. Marezoll S. 65.

1) S. Klein, Tittmann, Grattenauer, Grävell, Henke, bei Wächter I. S. 89 cit. Heffter §. 43. n. 4. Hermann z. sächs. Gb. S. 141. Hufnagel Komm. I. S. 221. Breidenbach Komm. S. 595. Abegg Unters. S. 113 ff.

2) Zachariä oben S. 440—442 cit.

f. S. 442. Ist aber gegen solche Angriffe die Nothwehr wenigstens unter Umständen möglich, so muß sie auch zuläßig sein. Der Feuerbachische Gegengrund, daß hier Wiederherstellung des verletzten Guts durch den Staat möglich sei, taugt deshalb nichts, weil nur die in continenti bereite Staatshilfe das Recht der Nothwehr ausschließen kann, andrerseits aber gerade das ruhige Einstecken der Injurie, wo man ihr hätte wehren können, ihr erst die rechte, scharfe ehrverletzende Spitze geben würde, die in einem solchen Falle durch das hinterherkommende Urtheil des Staats in der öffentlichen Meinung nicht mehr würde abgestumpft werden können. Aber auch der andre, von Luden vorgebrachte, Gegengrund vermag nicht zu befriedigen, ja derselbe erscheint höchst sonderbar, da er die Wahrheit geradezu auf den Kopf stellt. Denn, solange die Ehre für das kostbarste Gut der Persönlichkeit gilt, wird man sicherlich stets der Ansicht bleiben, daß auch wörtliche und symbolische Injurien ohne alle Frage, „solche gegenwärtige Angriffe seien, zu deren Abwehr die Verletzung des Angreifers als ein überaus geeignetes Mittel erscheine.“ Unter den neueren Gesetzbüchern ist es das Hannövrische, welches die richtige Ansicht (Art. 78) am entschiedensten anerkennt. Das Wirtembergische, Hessische und Braunschweigische gestatten die Nothwehr wenigstens gegen gewaltthätige, mit Gefahr für die Ehre verbundene, Angriffe auf die Person selbst, bei welcher Fassung es allerdings schwierig seyn wird, die Zuläßigkeit der Nothwehr gegen Verbalinjurien zu vertheidigen [1]), sicherlich aber nicht zum Vortheil der Sache [2]).

1) Breidenbach Komm. S. 595. Hufnagel Komm. I. S. 220. 221. III. S. 132.

2) Ganz mit Recht sagt Heffter, die Ausschließung der Nothwehr

b) Die Frage, ob auch gegen einen schon vollbrachten Angriff Nothwehr oder ein Analogon davon noch zulässig sei, wird wiederum bei Angriffen auf Eigenthum und Ehre praktisch. Sicherlich wird man zunächst an der Forderung festhalten müssen, daß der Angriff nicht schon völlig gelungen und das durch denselben begründete drohende Verhältniß gänzlich wieder aufgehoben gewesen seyn dürfe. Denn das liegt im Begriffe der Nothwehr, daß sie eben nur gegen eine noch nicht in die Existenz getretene Rechtsverletzung ausgeübt wird. Mit Recht fordert daher die Doktrin einen dringenden (gegenwärtigen, unmittelbar bevorstehenden) Angriff, und rechnet hiezu auch ausdrückliche oder stillschweigende Drohungen, wenn die Erfüllung derselben mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte [1]). Die schwierige Frage ist nun aber, wann der Angriff als beendigt angesehen werden müsse, so daß nun keine Nothwehr mehr dagegen zulässig sei? Schon die gemeinrechtliche Gesetzgebung reflektirte hierauf für den Fall der Dejektion aus Immobilien, wogegen sie in continenti geübte Privatgewalt als rechtmäßig zuläßt [2]) desgleichen sorgen neuere Gesetze für den Fall des mit der gestohlenen Sache entlaufenden Diebs [3]). Ob man mit Wächter diese Fälle ausdrücklich von der Nothwehr absondert, oder nicht, ist in der

---

gegen die Verletzung der Ehre sei gegen die Forderungen der jetzigen Zeit und die Rechtsprincipien, die sie nähren sollten, — die Folge schwächlicher oder zu ängstlicher Theorieen, welche ehmals herrschten.

1) *Leyser* sp. 600 m. 28. Martin §. 45 III. Wächter I. S. 87. Heffter § 43. not. 6. Luden I. S. 293.

2) L. 3. §. 9. l. 17 D. de vi. Wächter I. S. 85.

3) Wirt. Straf-G.B. Art. 102. vgl. auch schon *Böhmer* Med. ad art. 140 §. 3. u. ad Carpz. qu. 32. obs. 1. Hufnagel I. S. 222. Hermann Beurth. das sächs. G.Bs. S. 143.

Sache selbst gleichgiltig, da er für dieselben das gleiche Princip anspricht. Dagegen wollen Andre [1]) in jedem Falle, wo das Delikt des Angreifers vollendet sei, die Nothwehr und ihr Princip ausdrücklich ausgeschlossen wissen. Es ist jedoch ganz mit Recht bemerkt worden [2]), daß der Moment der Vollendung des Delikts nicht entscheiden könne, weil aus seiner gesetzlichen Festsetzung noch nicht folge, daß nunmehr gegenüber den Rechten des Verletzten die gänzlich vollendete Rechtsverletzung in ebenderselben Form der Handlung liege, daß vielmehr die Vertheidigung einer Sache gerade so weit gehe, als die Möglichkeit, darüber körperlich zu verfügen, die Unzulässigkeit der Nothwehr mithin erst dann eintrete, wenn während eines erkennbaren dazwischenliegenden Zeitraums der Eigenthümer gänzlich aus dem Besitz gesetzt, die Rechtsentziehung wirklich beendigt gewesen sei, nicht aber, solang der wahrscheinliche Rechtsverlust in continenli noch abgewehrt werden könne. Aus demselben Grunde wäre dann, selbst unter der Voraussetzung, daß Verbalinjurien keinen Versuch und darum keine Nothwehr zulassen, dennoch wenigstens zur Abwendung weiterer dergleichen erst bevorstehender Injurien die Nothwehr zu gestatten [3]).

ad 2) treten die besondern Fragen hervor: a) ob auch gegen Maßregeln der öffentlichen Gewalt Nothwehr zulässig sei? b) ob auch gegen einen Unzurechnungsfähigen oder einen im Nothstande Befindlichen? c) ob der ungerechte Angriff auch unverschuldet gewesen seyn müsse? — ad a) So gewiß von einer rechtmäßi-

---

1) Luden Hdbuch. I. S. 293.

2) Sander N. Arch. 1841. S. 90—98. Zachariä ebend. S. 427. not. * Heffter §. 44. not. 3.

3) Hufnagel I. S. 221.

gen Nothwehr nicht die Rede seyn kann, wenn der Angreifer ein Recht zu seinem Angriffe hatte, so gewiß kann auch gegen obrigkeitliche Personen, wenn dieses Moment bei ihnen nicht zutrifft, ebensowohl Nothwehr ausgeübt werden, als gegen Privatpersonen [1]). Es ist daher keineswegs zu billigen, wenn das Wirt. Straf=G.B. Art. 174 den Widerstand gegen gesetz= und ordnungswidriges Verfahren der Obrigkeit nur dann für straflos erklärt, wenn der ungerecht Bedrängte mit einem unersetzlichen Nachtheil bedroht gewesen sei. Denn die Behauptung, daß die Nothwehr überhaupt die Bedrohung mit einem solchen Nachtheile voraussetze, ist unrichtig, da sie vielmehr gegen jeden ungerechten Angriff, gegen welchen im Augenblick keine Staatshilfe zu Gebot steht, zuläßig ist. Jene Behauptung ist um so verwerflicher, wenn sie vollends so weit geht, einen Unterschied zwischen Gebildeten oder Vornehmen einer=, und Mindergebildeten oder Geringeren andrerseits aufzustellen, wornach gegen letztere Angriffe auf Freiheit und Ehre für erlaubt gelten sollen, die es gegen erstere nicht seien. Vielmehr, wenn Nothwehr gegen obrigkeitliche Personen überhaupt zuläßig ist, so muß sie auch gegen jeden ungerechten Angriff derselben gestattet seyn, wobei sich dann von selbst versteht, daß hier, wie überall, die Grenzen der Nothwehr nicht überschritten werden dürfen. Es kann sich daher nur fragen, in welchen Fällen überhaupt von einem ungerechten Angriff von Seiten der Obrigkeit die Rede seyn könne? Darauf muß aber unbedenklich geantwortet werden, daß dies

---

1) *Leyser* sp. 590. m. 9. *Böhmer* ad Carpz. qu. 35 obs. 8. Henke I. S. 207. Heffter §. 43. not. 5. Martin §. 45. not. 9. Jarcke I. S. 149. Marezoll S. 63. not 3.

überall der Fall sei, wo eine unzuständige Obrigkeit in Handlung ist oder eine zuständige Obrigkeit eine materiell gesetzwidrige Anordnung durchsetzen will. Ganz verwerflich ist die alle Rechtsgrundsätze auf den Kopf stellende Behauptung [1]), daß es der Obrigkeit gegenüber gar keine gerechte Nothwehr gebe, weil sie den Satz enthält, daß auch eine unzuständige oder materiell gesetzwidrig handelnde Obrigkeit in ihrem Rechte sei. Damit wäre begreiflich alle staatsbürgerliche Freiheit über den Haufen geworfen [2]), und dies wäre ein viel größeres Unglück, als das vermeintliche Unglück, daß im Gegentheil die Revolution legalisirt wäre. Denn es versteht sich wohl von selbst, daß die Gefahr des gesetzwidrigen Handelns von Seiten der mit der Macht Bekleideten viel größer ist, als von Seiten der Bürger, die wegen jeder irrigen Ausübung oder Ueberschreitung des Rechts auf bloß verfassungsmäßigen Gehorsam Strafe zu erwarten haben. Und sehr richtig sagt Hufnagel [3]), ganz gewiß werde die Würde der Staatsgewalt mehr aufrecht erhalten, wenn man annehme, daß sie ihren ungerecht handelnden Diener desavouire, daß sie ihn in einem solchen Akte gar nicht als ihren Agenten beachte, als wenn man annehme, sie wolle ihn auch jetzt noch als ihr Organ respektirt wissen. Selbst das kann nicht gebilligt werden, wenn Luden [4]) sagt,

1) v. Jagemann N. Arch. 1842 S. 599; dagegen Zachariä ebend. 1843 S. 355—376.

2) Zachariä Staatsrecht I. S. 251. Mohl Staatsrecht I. S. 323 ff. vgl. die französ. Literatur bei Mittermaier not. 9 zu Feuerbach §. 201.

3) Kommentar III. S. 229. vgl. Schlözer Staats-R. S. 195 ff. Feuerbach Antihobbes S. 92 ff.

4) Handb. I. S. 300 vgl. Grattenauer S. 75. und Henke I.

die öffentliche Gewalt habe stets die Präsumtion der Rechtmäßigkeit für sich, und eine Ausnahme finde nur dann statt, wenn ihre Diener eine Gewalt anwenden, die sich schon ihrer Form nach als eine unbefugte und verbrecherische erweise. Soll nämlich damit gesagt seyn, daß alle Handlungen der Obrigkeit, die nur in nicht verbrecherischer oder unbefugter Form vorgenommen werden, als rechtmäßig zu betrachten seien (und etwas Andres kann wohl der Verfasser nicht meinen), so ist die Lehre kaum minder verwerflich, als die vorhin angeführte. Was soll man aber überall von einem Staate halten, der sich hinter solche Präsumtionen flüchten muß, hinter Präsumtionen, die das Geständniß enthalten, daß seine Organe materiell unrechtlich verfahren, und daß er auf's höchste gefährdet wäre, wenn einmal gestattet würde, daß diesem Unrecht sein Recht widerführe? Unbequem für die Funktionäre der vollziehenden Gewalt ist ohne Zweifel der Grundsatz, daß ihrem Unrechte der Bürger Widerstand entgegensetzen dürfe; allein dieser Grundsatz ist die nothwendige Folge der Anerkennung staatsbürgerlicher Freiheit. Wo diese wirklich besteht, da zeigt die Erfahrung, daß man ihr auch vertrauen darf und daß sie selbst die beste Wäch-

---

S. 207. Auch Zachariä N. Arch. 1843 a. a. O. macht a. E. Koncessionen, die um so weniger gebilligt werden können, als sie mit dem, was er selbst S. 370. 371 ausspricht, in Widerspruch stehen. Denn zur gesetzlichen Form der Handlung gehört doch gewiß auch ihre Vornahme durch die zuständige Behörde. Das Erforderniß von dolus oder culpa lata auf Seiten des Beamten ist aber unrichtig, da der Angriff bei der Nothwehr keineswegs ein subjektiv ungerechter seyn muß (s. sogleich ad b). Ebensowenig braucht ein unersetzlicher Nachtheil zu drohen. Genug, wenn der unzuständige Beamte trotz der Protestation mit positiver Gewalt einen Befehl ausführen will, wodurch der Bürger mit einer unmittelbaren, nicht anders mehr abzuweisenden Rechtsverletzung bedroht wird.

terin der Gesetze ist; das Gefährliche ist nur die Halbheit, womit eine feigherzige Politik sie einerseits anerkennen und andrerseits doch von mißtrauischer Bevormundschaftung nicht lassen will. Doppelt gefährlich, weil man dann eben solche Präsumtionen aufstellen muß, die in dem ganzen politischen Systeme kein Fundament mehr haben, und daher ihre Widersinnigkeit an der Stirne tragen. Uebrigens ist hier nicht einmal von dem ganzen Umfang der Frage über den bloß verfassungsmäßigen Gehorsam die Rede, sondern nur davon, daß der Bürger gegen eine obrigkeitliche Person, welche einen widerrechtlichen Akt trotz seiner Protestation gegen ihn durchsetzen will und ihn damit in einem Falle, wo er keiner bereiten Staatshilfe sich zu gewärtigen hat, mit einer unmittelbaren Rechtsverletzung bedroht, Nothwehr gebrauchen dürfe. Dies ist sogar nicht bloß ein Recht des Bürgers, sondern seine heilige Pflicht, da er durch die Nichtausübung seines Rechts dazu helfen würde, das absolut nichtige Unrecht zur Existenz kommen zu lassen.

ad b) ist nicht einzusehen, wie Martin[1]) behaupten mag, daß der zur Nothwehr berechtigende Angriff von einem Zurechnungsfähigen ausgehen müsse. Denn dieser ungerechte Angriff braucht keineswegs ein subjektiv verbrecherischer zu seyn, wie denn auch die Nothwehr keineswegs mit der Strafe identisch ist. Ihr Recht tritt überall ein, wo der Staat, sei es als Justiz- oder Polizeigewalt, nicht im Stande ist, eine der Persönlichkeit unmittelbar drohende Rechtsverletzung abzuwenden. Da nun eine solche auch von Seiten eines

1) Lehrb. §. 45 not. 4; s. dagegen Luden I. 301. not. 17. Hufnagel III. S. 131.

Nichtzurechnungsfähigen drohen kann, so muß das Recht der Nothwehr auch hier Platz greifen. Wenn dagegen Luden auch von Nothwehr gegen einen im Nothstande Befindlichen spricht, so mag eine solche Inkonsequenz freilich nothwendig seyn, wenn man einmal den Begriff des Nothstands so exorbitant ausdehnt, wie es gewöhnlich geschieht. Schränkt man ihn aber in seine richtigen Grenzen ein (s. §. 154), so ist klar, daß ein Angriff auf fremdes Eigenthum, wodurch das absolute Recht des Lebens sich geltend macht, kein ungerechter und eben darum keine Nothwehr dagegen gestattet seyn kann. —

ad c) ist die früher oft vertheidigte Behauptung [1], daß der Angriff unverschuldet gewesen seyn müsse, jetzt wieder von Luden [2]) vorgebracht. Die Konsequenz davon ist, daß dem Duellanten, dem auctor rixae gegenüber vom auctor pugnae, sowie dem, welcher den Ort aufsuchte, wo er wußte, daß ihn ein Angriff erwarte, endlich gegenüber einem Exceß der Nothwehr das Recht der Nothwehr schlechthin abgesprochen wird. Allein der Grund, daß man sich in solchen Fällen den Angriff durch culpa zugezogen habe, ist nicht entscheidend. Zwar kann ohne Zweifel in den fraglichen Fällen die Bestrafung derjenigen Handlung, wodurch man den Angriff gegen sich veranlaßte, falls sie strafbar ist, nicht ausbleiben; allein darum bleibt dieser Angriff doch ein ungerechter und deshalb die Abwehr desselben rechtmäßig, daher von einer Anwendung des Begriffs der culpa (den freilich Luden unrichtig bestimmt) keine Rede seyn kann [3]).

1) s. Literatur bei Wächter I. S. 86.

2) Handb. I. S. 301. not. 18.

3) *Leyser* sp. 600. med. 18. 19. *Böhmer* Med. ad art. 140. §. 1. 2. ad art. 144 §. 3. Marezoll S. 63. not. 3. Hufnagel III. S. 131. Abegg L.B. S. 170.

Mit Recht sind denn auch sämmtliche neueren Gesetzgebungen der entgegengesetzten Ansicht.

ad 3) Wesentliche Voraussetzung ist jedoch, daß der drohende Angriff durch unschimpfliche Flucht oder obrigkeitliche Hilfe nicht abgewendet werden konnte [1]. Nur muß mit diesem Requisite nicht, wie von Luden geschieht, die gar nicht zu den Bedingungen der Nothwehr gehörige Frage über die moderatio tutelae in gleiche Linie gesetzt werden. Sodann aber sucht Luden [2]) an das gedachte Requisit die schon oben besprochene Beschränkung der Eigenthumsnothwehr anzuknüpfen. Weil nämlich Vermögensrechte ihrer Natur nach ersetzbar seien, so könne nicht angenommen werden, daß bei einem Angriffe auf dieselben das fragliche Requisit vorhanden sei. Damit geht er viel weiter, als diejenigen, welche nur bei Angriffen auf ganz geringfügige Vermögensobjekte, oder überhaupt auf in concreto ersetzliche Vermögensrechte das Recht der Nothwehr ausschließen [3]). Indessen glaubt er den sehr gegründeten Einwendungen, welche hiegegen zu machen und ad 1) angegeben worden sind, durch eine Seitenwendung entgehen zu können, freilich durch eine Wendung, wobei sein allgemeiner Satz großentheils unpraktisch und der richtigen Ansicht eine relativ größere Koncession gemacht wird, als von den ad 1) angeführten Gegnern. Er giebt nämlich zu, daß auch bei Angriffen auf Vermögensrechte Nothwehr immer zuläßig sei, wenn zugleich Gefahr für Leib oder Leben vorliege, daß dies aber immer der Fall sei, wenn der Benöthigte jenem

1) Bair. Gb. Art. 127. Sächs. Gb. Art. 70. Wirt. Gb. Art. 103. Heß. Gb. Art. 48. Braunschw. Gb. Art. 166.

2) Handb. I. S. 294–298.

3) Vgl. auch das Wirt. Straf-Gb. Art. 103.

Angriff Widerstand (uneigentliche Nothwehr) [1]) entgegensetze, diesem Widerstande aber der Angreifer sich nicht fügen wolle, indem er dem Angegriffenen entweder den Besitz gewaltsam zu entreißen oder denselben gewaltsam zu hindern suche, sich wieder in den verlorenen Besitz zu setzen. Damit ist aller Streit über die Fälle, wenn der Eigenthühmer bei dem Angriffe auf sein Besitzthum gegenwätig ist und sich dem Angriffe widersetzt, abgeschnitten; und es handelt sich nur noch um die Fälle, wenn der Angreifer der vom Angegriffenen unternommenen Vertheidigung durch die Flucht mit den genommenen Sachen zu entkommen suchte, oder wenn der Angegriffene sich auf gar keine Vertheidigung seines Besitzthums eingelassen hatte. Indessen kann auch diese Unterscheidung nicht befriedigen. Denn es ist eine höchst willkührliche Zumuthung an den Eigenthümer, daß er, um das Recht der Nothwehr zu erhalten, sich erst in persönlichen Kampf mit dem Angreifer einlassen und sich hiemit der Gefahr aussetzen soll, anticipando von ihm niedergestochen zu werden. Vielmehr muß man mit Sander [2]) sagen: entweder ist jeder Angriff auf das Eigenthum in Gegenwart des Eigenthümers an und für sich schon ein Angriff auf seine Person, — dann braucht der Eigenthümer nicht erst durch Anwendung uneigentlicher Nothwehr den Fall der eigentlichen herbeizuführen; oder es war nach den Umständen des Falls eine Gefahr für die Person nicht vorhanden, — dann werden die Grundsätze über den excessus defensionis ausreichen, wie sie ja auch ausreichen müssen, wenn auf einen ganz unbedeutenden Angriff gegen ein andres Recht Tödtung erfolgt. Freilich ist nun im

---

1) Vgl. Marezoll. S. 64. 65.
2) N. Arch. 1841. S. 78.

zweiten Fall dieser Alternative vorausgesetzt, daß eben nur ein geringes Eigenthumsstück in Frage sei. Allein Sander braucht das Dilemma auch nur, um zu zeigen, daß die vermeintliche Gefahr bei der Eigenthumsnothwehr nicht groß sei, sobald man nur die Grundsätze über den excessus defensionis im Auge behalte. Es kann jedoch auch der Fall seyn, daß ein bedeutender Werth bedroht, gleichwohl aber für Leib oder Leben des Eigenthümers keine Gefahr vorhanden ist, weil ihn etwa die Diebe in sein Zimmer eingeschlossen haben, um selbst seiner uneigentlichen Nothwehr zuvorzukommen [1]). Hier darf nach der gewöhnlichen Lehre der Eigenthümer zur Nothwehr greifen, sobald er nicht mit Wahrscheinlichkeit auf Ersatz rechnen konnte, — nach Ludens Ansicht dagegen darf er es nicht. Im Hinblick auf solche Fälle kann man denn auch nicht mit der ganz allgemein gestellten Behauptung von Sander [2]) übereinstimmen, daß bei jedem drohenden oder in der Ausführung begriffenen Angriffe auf das Eigenthum nothwendig auch eine Drohung gegen den gegenwärtigen Eigenthümer vorliege, — welche Behauptung ohnedies dem Hauptsatze Sanders, daß der Werth des Eigenthumsrechts dem Werthe aller übrigen Rechte der Persönlichkeit gleich sei, die Spitze abbricht. Sander zeigt sehr treffend, daß die Beschränkung der Eigenthumsnothwehr, neben der Gestattung der schrankenlosen Vertheidigung der Person, eine wahre Falle für den Angegriffenen sei. Gerade dieselbe Halbheit, die hier getadelt wird, liegt auch in der Ansicht von Luden. Man kann zwischen beiden entgegengesetzten Principien nicht in der Mitte stehen bleiben. Entweder muß man

1) Zachariä ebend. S. 427.

2) A. a. O. S. 86 ff.

den Grundsatz annehmen, daß das Eigenthum, wie die Person, vertheidigt werden dürfe, und gegen die Gefahr des Mißbrauchs sich an die Grundsätze über die Ueberschreitung der Grenzen der Nothwehr halten, — oder man hält mit Luden das Eigenthum für ein zur Nothwehr nicht geeignetes Recht: dann muß man nicht auf künstlichem Wege wieder die Zulässigkeit der Nothwehr auch für den zunächst nur im Eigenthum Angegriffenen herausbringen wollen. Die zweideutige Verweisung des Eigenthümers auf die Nothwehr für seine Person taugt nichts, weil sie eben so zweideutig, weil es bei Angriffen auf das Eigenthum so schwer zu entscheiden ist, ob damit zugleich die Person bedroht wird oder nicht; ferner taugt sie nichts für die von Zachariä S. 427 angeführten Fälle. Noch viel schlimmer ist aber die Zumuthung, welche Luden dem angegriffenen Eigenthümer macht. Zunächst läßt auch sie das Eigenthum (und zwar auch das unersetzliche) schutzlos in allen Fällen, wo der Eigenthümer die uneigentliche Nothwehr nicht ausüben kann oder will, weil er etwa gebrechlich oder von den Dieben eingesperrt ist, oder weil er sich nicht traute, mit ihnen handgemein zu werden. (Zwar soll nach Luden bei der Frage, ob ein Fall rechter Nothwehr vorhanden gewesen, es nur darauf ankommen, ob die Voraussetzungen derselben in der Vorstellung des Handelnden gelegen haben, aber hinterher wird doch wieder gesagt, daß der Richter den Beweis aus allen Umständen des Falls zu entnehmen habe.) Eben deshalb ist sie denn auch ohne Zweifel in hohem Grade unpraktisch, sofern sie das Eigenthum gerade in denjenigen Fällen preisgiebt, in welchen es des Schutzes am meisten bedürfte. Denn die Ausübung der eigentlichen Nothwehr ist abhängig gemacht von der vorherigen Aus-

übung der uneigentlichen; es ist aber klar, daß letztre, wenigstens in der Regel, nur dann stattfinden wird, wenn der Eigenthümer keine ernstliche Gefahr für seine Person besorgen zu müssen glaubt; nach jener Ansicht ist also die Nothwehr ausgeschlossen, wo sie am meisten Bedürfniß wäre, dagegen zugelassen, wo sie in der Regel als überflüssig hinwegfallen wird. Uebrigens scheint Luden gar nicht bedacht zu haben, daß er als Requisit der rechten Nothwehr aufstellt: daß der rechtswidrige Angriff nicht von dem Angegriffenen selbst hervorgerufen seyn dürfe. Offenbar wäre ja dies hier hinsichtlich des Angriffs auf die Person der Fall; denn man könnte dem Eigenthümer, der sich auf Nothwehr beriefe, stets entgegnen: er hätte nur den Dieb dürfen ruhig stehlen lassen; er habe nicht nöthig gehabt den Dieb anzugreifen, der ihn seinerseits nicht persönlich angegriffen haben würde; seine eigene Schuld sei es also, in die kritische Lage gekommen zu seyn. — Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß unter Staatshilfe nur zeitige, d. h. behufs der Abwehr des Angriffs noch zu erlangende gemeint ist [1]). Andrer Meinung müssen natürlich Feuerbach u. A. seyn, welche die Ehre oder das ersetzbare Eigenthum aus dem Grunde ausschließen, weil eine Wiederherstellung durch den Staat möglich sei. Die oben angeführten Gesetzbücher gebrauchen in der Regel die weitere Fassung: es dürfe nicht Zeit und Gelegenheit zu anderen, dem Angegriffenen nicht unbekannten, Mitteln vorhanden gewesen seyn, durch welche derselbe ohne Gefahr dem Angriffe sich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermocht haben würde [2]).

1) Martin §. 45. not. 11. Marezoll S. 64. not. 2.
2) Vgl. noch Richter Philos. Straf-R. S. 135—138.

§. 191.

Wo diese Bedingungen nicht vereint vorhanden sind, da ist das Recht der Nothwehr überhaupt nicht begründet. Wo sie es aber sind, da findet dieses Recht nicht nur für den unmittelbar Bedrohten, sondern auch für jeden Dritten zur Vertheidigung der Rechte eines ungerecht Angegriffenen in der Weise statt, daß nöthigenfalls bis zur Tödtung des Angreifers gegangen werden darf und selbst die Verletzung eines unschuldigen Dritten als entschuldigt gilt. Gleichwohl hat dies Recht auch seine Grenzen, bei deren Ueberschreitung die Handlung straflos zu seyn aufhört. Es darf nämlich 1) die Nothwehr nur ausgeübt werden, so lange die Rechtsentziehung nicht durchaus vollendet ist, welcher Moment übrigens nicht mit dem der Vollendung des begangenen Delikts identisch, sondern erst dann anzunehmen ist, wenn der Angreifer nach geglücktem Unternehmen der Behufs der Vertheidigung vorgenommenen [1]) Verfolgung sich entzogen hat. 2) Der Gebrauch der Vertheidigungsmittel darf nicht weiter ausgedehnt und kein gefährlicheres Vertheidigungsmittel gebraucht werden, als unter den Umständen, in welchen der Angegriffene sich zur Zeit des Angriffs befand, nothwendig erschien. Sind diese Grenzen überschritten worden, so ist ein Exceß der Nothwehr vorhanden, der entweder dolos oder kulpos seyn kann, in beiden Fällen aber eigenthümliche Strafbestimmungen erfordert, weil jedenfalls der Zustand des in den Stand der Nothwehr Versetzten die Intensität der Schuld in der mittelst des Excesses begangenen widerrechtlichen Handlung viel geringer erscheinen läßt, als wenn dieselbe Handlung nicht im Stande der Nothwehr begangen worden wäre. Nicht dasselbe kann schlechthin von dem Falle gesagt werden, wenn zur Noth-

1) Durch diese Bestimmung ist klar ausgedrückt, daß die ganze Bemerkung sich nur auf die Eigenthums-Nothwehr bezieht. S. §. 190. Anm. ad 1) Heffter §. 44. not. 3.

wehr geschritten wird, ohne daß ihre Bedingungen vorhanden waren, wiewohl auch hier aus den analogen Umständen sich meistens Gründe ergeben werden, welche die Rechtsverletzung von der subjektiven Seite als geringer erscheinen lassen.

Anm. — Schon um des zuletzt angeführten Unterschieds willen ist es dringend nöthig, die Fälle, wo die Bedingungen der Nothwehr nicht vorhanden sind, von den Fällen der Ueberschreitung ihrer Grenzen gehörig zu sondern, was nicht immer gehörig geschieht [1]). Bei Heffter sind zwar die Fälle richtig auseinander gehalten; dagegen verlangt er mit Unrecht für beide schlechthin dieselbe Behandlung [2]). Wenn nun hierin Feuerbach (§. 39. Note a.) das Richtige angiebt, so geht er doch wieder darin zu weit, daß er bei bloß vermeintlicher Nothwehr gar keine Entschuldigung gelten lassen will [3]). Offenbar richtiger verlangt auch hier das wirtembergische GB., daß der Richter auf die Umstände Rücksicht zu nehmen habe [4]). — Die Bemerkung, daß eigene Strafbestimmungen für beiderlei Fälle gegeben werden sollten, rechtfertigt sich aus der Schwierigkeit, sie unter die gewöhnlichen Normen über dolose oder kulpose Tödtung, Körperverletzung rc. zu subsumiren, wie denn in Folge der Unterlassung dieser Fürsorge im wirt. GB. alsbald in der wirtembergischen Praxis sich Uebelstände herausgestellt haben [5]), wogegen das hessische GB. die gedachte Lücke ausgefüllt hat. — Das Recht, einem Dritten im Stande der Nothwehr Befindlichen beizuspringen, ergiebt sich

1) S. Feuerbach §. 38. Luden I. §. 45. Wirt. GB. Art. 103.

2) LB. §. 45. Vgl. dagegen Grattenauer Nothwehr S. 149 ff. Henke I. §. 34. Wächter I. §. 52.

3) Vgl. auch Marezoll S. 56. n. 2.

4) Hufnagel I. S. 223. Vgl. Abegg LB. S. 171.

5) Hufnagel III. S. 132—134. Vgl. Breidenbach S. 532 Note.

aus ihrem Begriffe von selbst. Denn die Antinomie, deren Lösung in dem Rechte der Nothwehr liegt, ist nicht nur für den unmittelbar Angegriffenen vorhanden, sondern eine objektive, d. h. sie ist für Jeden vorhanden, der bei einem ungerechten Angriffe gegenwärtig ist, welchem der Bedrohte in Ermanglung bereiter Staatshilfe nicht anders, als durch gewaltsamen Widerstand, ausweichen kann. Das Wesentliche ist die Rechtmäßigkeit der in solchem Fall ausgeübten Privatgewalt überhaupt, welche auf eigenthümliche Weise die Stelle des Staats vertritt. Dagegen ist es gleichgiltig, von wem sie ausgeübt wird, da die wesentlichen Momente der Sache, d. h. das absolute Unrecht, das sich geltend machen will, und die Unmöglichkeit seiner Verhinderung durch den Staat, hiemit die Nothwendigkeit, es durch Privatgewalt zu verhindern, in beiden Fällen vorliegen [1]). Wenn viele Kriminalisten das fragliche Recht nicht unter die Kategorie der Nothwehr stellen, so hat dies in der Regel nur seinen Grund in ihrer Anschließung an die P.G.O., während die neueren Gesetzgebungen ihm unbedenklich die richtige Stellung geben. Luden [2]) hat zwar seine frühere Ansicht über das fragliche Recht, in Folge der von Zachariä erhobenen Einwendungen, großentheils zurückgenommen. Allein auch jetzt noch bleibt er bei der irrigen Behauptung, daß die Nothwehr auf Verletzungen zur Abwendung eigener Gefahr beschränkt sei. Noch entsteht weiter die Frage, ob der Dritte das Recht der Nothwehr nur auf Anrufen des Angegriffenen habe, oder ob er demselben von freien Stücken beispringen dürfe? Unzweifelhaft spricht Letzteres das hessische G.B.

1) Vgl. Temme Kritik des preuß. Entw. S. 159.
2) Abh. II. S. 492. Handb. I. S. 297. Note 10. Vgl. N. Arch. 1841. S. 435.

Art. 50 aus; es liegt aber sicherlich auch im Art. 104 des wirtemb.; und selbst das ist beiden gleich, daß der Beispringende nicht zu untersuchen braucht, ob der Angegriffene im Stande gewesen sei, sich selbst zu vertheidigen oder nicht [1]). Wie sehr auch dies dem praktischen Bedürfnisse gemäß ist, zeigt der (auch von Zachariä angezogene) Fall, welchen v. Strombeck in Hitzig's Annalen XVI. S. 126—134 mitgetheilt hat. Daß übrigens der Beispringende nur dann das Recht der Nothwehr für sich hat, wenn er nicht bloß glaubt, daß der Andre in Noth sei, daß vielmehr dies auch wirklich der Fall seyn muß, versteht sich von selbst [2]), wiewohl es auch schon geläugnet wurde.

2) Die Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat.

§. 192.

a) Sofern das Verbrechen wesentlich nur als Gesetzesübertretung zur Existenz kommt, setzt es auch immer ein bestimmtes Gesetz, und — da bestimmte Gesetze an bestimmte Staaten gebunden sind, — das bestimmte Gesetz eines bestimmten Staats voraus. So gewiß das Recht seiner Idee nach ein Allgemeines ist, so gewiß ist es seiner Erscheinung nach positives, in verschiedenen Staaten verschieden bestimmtes, besonderes Recht. Diese nothwendige Individualisirung des Rechts nach dem Princip der Territorialität steht nun keineswegs der Idee eines Weltbürgerrechts im Wege, da es damit wohl vereinbar ist, den Angehörigen fremder Staaten im Inlande denselben Rechtsschutz zu gewähren, wie den Bürgern des eigenen Staates, ja sogar dieselben in manchen

1) Anderer Meinung Hufnagel III. S. 135, der auch wohl mit Unrecht sagt, daß Temme's Ansicht auf jene Sätze führe, da sie vielmehr geradezu auf die Nothwendigkeit des Anrufens führt.

2) Vgl. Hufnagel a. a. O. Breidenbach S. 624.

Hinsichten nach den Gesetzen ihrer Heimath rechtlich zu behandeln. Allein dieses internationale Recht muß auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts beschränkt bleiben, da es nur für dieses Sinn hat, die territoriale Besonderheit des Staates relativ negativ zu setzen und die Idee des Weltbürgerrechts an die Stelle treten zu lassen. Ganz anders verhält es sich jedoch mit dem staatsrechtlichen Kreise, in welchem dem Staate gerade die territoriale Besonderheit unbedingt wesentlich ist. Hier kann der Staat schlechthin kein andres Gesetz anerkennen, als das seinige, das eben sein individuelles Leben, wodurch er bestimmter Staat ist, ausdrückt. Eben daraus folgt aber auch, daß er andre bestimmte Staaten in derselben ausschließlichen Individualität anerkennen muß. Diese Abschließung im Kreise des öffentlichen Rechts steht aber mit der Idee des Weltbürgerrechts um so weniger im Widerspruch, als in dieser eben nur dies liegt, daß der Mensch, wo er auch seine Heimath habe, in jedem Staate Rechtsschutz, d. h. Anerkennung als freie Persönlichkeit finden müsse, nicht aber auch, daß die specifischen Staatsfunktionen und die besondern Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze des konkreten Staats sich in ihrer Anwendung auf Auswärtige modificiren müßten. Diese stehen vielmehr schlechthin unter dem Princip der Territorialität, in dem doppelten Sinne, daß sie in dem betreffenden Gebiete ausschließliche, und daß sie über dasselbe hinaus keine Geltung haben. Dem Völkerrechte ist hier dadurch genügt, daß jeder Staat die betreffenden Einrichtungen hat und den Fremden nicht schlechter behandelt, als den Einheimischen; denn weiter erstreckt sich jenen specifischen Staatsfunktionen gegenüber das absolute Menschenrecht nicht. Zu den specifischen Staatsfunktionen gehört nun aber insbesondre die Verwaltung der Strafgerechtigkeit, die sich hiemit auf das konkrete Staatsgebiet zu beschränken und die individuelle Besonderheit andrer Staaten zu re-

spektiren hat. Die wesentliche Bestimmung dieser Staatsthätigkeit ist nicht, einem verletzten Privaten Genugthuung zu verschaffen, sondern vielmehr die höhere, die Substanz des Rechts aus ihrer Negation wiederherzustellen, welche Substanz aber für den konkreten Staat nur in der Erscheinung seines positiven, auf sein Gebiet beschränkten Rechts vorhanden ist. So gewiß daher der konkrete Staat alle auf seinem Gebiete begangenen Verbrechen vor sein Forum zu ziehen hat, so gewiß darf er dies mit keinem außerhalb desselben verübten thun, da er hiedurch in das Recht des betreffenden andern Staats eingreifen würde. Die Forderung des völkerrechtlichen Friedens ist hinlänglich dadurch gewahrt, daß ein Staat dem andern diejenigen Personen, welche auf dem Gebiete des letzteren delinquirt haben, ausliefert oder, falls es seine eigenen Bürger sind, deren Bestrafung im Namen des berechtigten Staats übernimmt. Letzteres (die Nichtauslieferung des Angehörigen) rechtfertigt sich nämlich dadurch, daß der Staat zu seinen Bürgern in einem ursprünglicheren Verhältnisse steht, als der auswärtige. Dabei muß aber stets das im konkreten Fall mildere Gesetz zur Anwendung kommen, — das auswärtige deßhalb, weil nur dieses das übertretene ist, das einheimische deshalb, weil der Staat durch die Anwendung eines härteren, als welches er selbst für gerecht hält, sein eigenes Rechtsbewußtsein verläugnen würde [1]).

Anm. — In dieser bis in's Einzelste hinaus bestrittenen Materie [2]) scheint der im Paragraphen aufgestellte Grundunterschied zwischen dem bürgerlichen und dem öffentlichen Rechte in der Regel ganz übersehen zu wer-

1) Ueber die Nichtverantwortlichkeit des Regenten und der Gesandten ist auf das Staats- und Völkerrecht zu verweisen.

2) Literatur bei Mittermaier Note 1. 2 zu Feuerbach §. 31, und Oppenheim System des Völkerrechts S. 384—387. Wirth System der Ethik II. S. 356—358.

den. Zwar ist die Uebertragung der schönen Idee des Weltbürgerrechts aus dem Privatrechte in das Strafrecht nach und nach in der Doktrin, wie in der Gesetzgebung, Mode geworden [1]). Allein die unendlichen Verwicklungen, welche diese, nicht gehörig überdachte, Verwechslung ganz verschiedener Dinge mit sich führt, zeigt hinlänglich, daß man damit auf einem Irrwege ist. Der Grundfehler liegt wohl in der herkömmlichen Ansicht, daß das Verbrechen wesentlich Rechtsverletzung einer berechtigten Person sei, wofür denn diese beim Staate Genugthuung zu suchen und zu erwarten habe [2]). Denn nur deshalb konnte man auch in das Gebiet des Strafrechts die Idee des kosmopolitischen Rechtsschutzes übertragen. Diese Idee hat eben nur für das Rechtsgebiet Geltung, wo die Person als solche Recht sucht und das Recht als ihr Interesse verwaltet wird, d. h. im bürgerlichen Rechte. Hier ist es allerdings vom modernen Staate zu fordern, daß er das Recht in weltbürgerlichem Sinne übe, daß er den Fremden gleich dem Einheimischen schütze und betreffenden Falls selbst nach auswärtigen Gesetzen entscheide [3]). Hier ist dies auch möglich, weil das bürgerliche Recht, soweit es eben nur die Interessen der Persönlichkeit betrifft, seiner Natur nach fähig ist, Weltrecht zu seyn, und deshalb in seinem Kerne von den Differenzen der Staatsbesonderheiten nur oberflächlich berührt wird, umgekehrt aber ebenso der specifische Staatsgeist gegen jenen Kern des Privatrechts sich gleichgiltig verhält. Aus diesem Grunde muß es allerdings im Kreise des bürgerlichen Rechts gleichviel seyn, ob ein vor den Richter gebrachtes Rechtsverhältniß im In- oder Auslande be-

1) Vgl. Hufnagel III. S. 629.
2) S. z. B. auch Wächter Wirt. Privatr. II. S. 110. Note 54.
3) S. darüber Wächter Archiv f. civilr. Praxis XXIV. XXV.

gründet wurde, ob Einheimische oder Fremde dabei betheiligt sind, ob es mit dem Auslande sonst in Beziehung steht oder nicht. Die Frage ist weiter nur, wie weit der Richter sich an sein Landesrecht zu halten und wie weit er das auswärtige anzuerkennen habe. Gewiß ist aber diejenige Ansicht die richtige, welche wenigstens den Richter im Zweifel an sein Landesrecht verweist und damit den Grundsatz der Territorialität in der Beziehung anerkennt, in welchem er in dieser Sphäre allein Geltung haben kann. Allein das, was um der Natur des Privatrechts willen im Kreise des bürgerlichen Rechts anzunehmen ist, kann eben deshalb nicht auch auf die staatsrechtliche Sphäre übergetragen werden, — wie denn schon in jenem Kreise anerkannt ist, daß leges cogentes, insbesondere solche, die sich auf politische und staatspolizeiliche, religiöse und sonstige der Besonderheit des Staats angehörige Rücksichten stützen, in dem besondern Staate unbedingt zur Anwendung zu bringen sind. Es folgt aber aus der Verschiedenheit beider Rechtskreise nicht nur etwa der Satz, daß im staatsrechtlichen unbedingt nur das einheimische, namentlich also nur das Strafgesetz des Landes, zur Anwendung zu bringen sei, sondern vielmehr auch dies, daß in dieser Sphäre jeder besondere Staat sich nur um das zu bekümmern hat, was in seinem Gebiete vorgeht. Dies ist freilich ein Satz, den weder die neuere Doktrin, noch die neuere Gesetzgebung gelten lassen will. Auch müßte er aufgegeben werden, sobald man sich dazu entschließen könnte, in der Strafrechtspflege das Untersuchungsprincip (das übrigens auch im englischen und französischen Processe zu Grunde liegt) [1]) aufzugeben und das reine,

1) S. meine Abh. in Weil konstit. Jahrbücher II. S. 43 ff. (1843.)

privatrechtliche Anklageprincip an die Stelle zu setzen, — was aber zu den Unmöglichkeiten gehört. So lang also das Verbrechen als eine die Substanz des Rechts negirende und darum vom Staat als solchem zu verfolgende Handlung gelten wird, so wird man wenigstens aus diesem Grunde, der allein triftig wäre, dem aufgestellten Satze nichts anhaben können. Man bringt aber allerdings, um die Abweichungen davon zu rechtfertigen, andre Gründe bei. Das zwar giebt man zu, daß nach den Strafgesetzen eines bestimmten Staats alle in seinem Gebiete begangenen Verbrechen zu richten seien, sie mögen nun von In- oder Ausländern verübt seyn [1]). Insoweit also erkennt man ihn an, und die Abweichung besteht nur darin, daß man behauptet, der bestimmte Staat habe auch gewisse im Auslande begangenen Verbrechen vor sein Forum zu ziehen. Es sollen nämlich 1) Inländer im Inlande auch wegen der von ihnen im Auslande begangenen Verbrechen strafbar seyn, bald wegen aller, bald nur wegen einiger. Und zwar werden verschiedene Beschränkungen aufgestellt, indem z. B. Feuerbach [2]) diejenigen Verbrechen, welche gegen das Ausland oder seine Angehörigen begangen werden, Grolman [3]) dagegen die Polizeiverbrechen, Heffter [4]) die Zuwiderhandlungen gegen nicht gemeinheitliche Verpflichtungen ausnimmt. 2) In einem, jedenfalls beschränkten, Umfange sollen es auch Ausländer hinsichtlich im Auslande begangener Verbrechen seyn.

1) S. Wächter I. §. 35. Note 84. 86 und die dort Angef. Zweifel wurden nur erhoben wegen Verbrechen, die vom Inlande aus am Auslande begangen werden. Eine singuläre Ausnahme bildet die Exterritorialität.

2) Lehrb. §. 31, s. jedoch §. 40. Note a.

3) Grundsätze §. 107.

4) Lehrb. §. 26. Note 2.

Ad 1) werden nun zweierlei Gründe angegeben. Zunächst für den Satz im Allgemeinen der, daß die einheimischen Strafgesetze den Unterthan als solchen verpflichten und diese Eigenschaft durch vorübergehende Ortsveränderung nicht aufgehoben werde [1]), wenigstens soweit sie die sogenannten Rechtsverbrechen, oder auch die gemeinheitlichen Verpflichtungen (d. h. die, deren Beobachtung unbedingt, ohne Rücksicht auf Ort und Person gefordert werde) betreffen. Sodann dafür, daß darunter auch Verbrechen gegen den auswärtigen Staat und dessen Bürger zu begreifen seien, der Grund, daß dies die Idee des völkerrechtlichen Rechtsschutzes verlange, was dann freilich wieder auf verschiedene Weise begründet wird [2]). Keiner von beiden ist jedoch stichhaltig. Davon kann allerdings nicht die Rede seyn, daß der Bürger eines bestimmten Staats diese seine Bürgerqualität durch den vorübergehenden Aufenthalt in einem auswärtigen Staatsgebiete verlöre. Wohl aber ist die daraus abgeleitete Folgerung erschlichen, daß er durch ein im Auslande begangenes Verbrechen die vaterländischen Gesetze übertrete. Dieselben verpflichten ihn auch im Auslande, sagt man. Auch das kann zugegeben werden, und gleichwohl bleibt es wahr, daß er sie im Auslande nicht übertreten kann. Denn aus demselben Grunde, aus welchem unser Staat die bei uns delinquirenden Ausländer als Uebertreter unsrer Strafgesetze in Anspruch nimmt, müssen wir auch unsre Bürger im Auslande als Uebertreter der ausländi-

1) Kleinschrod A. Arch. VII. S. 384. 385. Grolman a. a. O. Egger in v. Zeiller's jährl. Beitr. IV. nr. 3. Tittmann, die Strafrechtspflege in völkerr. Rücksicht S. 21.

2) Feuerbach §. 40. Note a. Motive zum wirt. Strafgesetzbuch S. 12.

schen Strafgesetze gelten lassen. Dieser Grund kann aber kein andrer seyn, als der: daß in der Sphäre des öffentlichen Rechts jeder Staat zu den übrigen sich als ausschließende Individualität verhält und eben darum an ihnen dieselbe Qualität anerkennen muß. Wenn z. B. ein Rittergutsbesitzer in zweien Staaten angesessen ist, deren einer das Institut der Patrimonialgerichtsbarkeit anerkennt, der andre nicht, so wird es dem ersten nicht einfallen, dem fraglichen Besitzer die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in Beziehung auf seine ausländischen Güter zuzusprechen. Ebensowenig darf aber ein Staat in die Strafrechtspflege eines Andern eingreifen. Daß er die von seinen Unterthanen im Auslande (auch aus unerlaubten Handlungen) erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten anerkennt und vor seinen Gerichten verfolgen läßt, hat seinen Grund darin, daß der Stoff der bürgerlichen Rechtspflege eben nur das Recht als das Interesse der Privaten, und eben damit dieselbe nicht an die Scholle des Staatsgebiets gebunden ist. Die Strafrechtspflege dagegen hat es mit der Wiederherstellung des Rechts um seiner selbst willen, nicht zum Besten eines Rechtsuchenden, zu thun. Deshalb kann hier keineswegs davon gesprochen werden, daß der Staat seine Bürger auch im Auslande zu schützen habe; denn die Strafe als solche (abgesehen von der aus dem Verbrechen entspringenden Schadensersatzpflicht) ist gar nicht als Genugthuung für den Verletzten zu betrachten [1]). Ebensowenig aber darf der Staat seine Strafgesetze als giltig für im Auslande verübte Verbrechen aus dem Grunde behaupten, weil seine Bürger denselben überall verpflichtet bleiben; denn, wenn diese Bürger im Aus-

---

1) *Wens* de delictis a civ. extra civit. adm. p. 19—28.

lande delinquiren, so übertreten sie eben nur das Strafgesetz des fremden Staats; für das Inland existirt gar kein Verbrechen, da ein strafbares Verbrechen stets ein bestimmtes Strafgesetz voraussetzt, im Auslande aber nur das Strafgesetz des Auslandes besteht. Daß unser Staat dieselbe Handlung gleichfalls als Verbrechen ansieht und in seinen Gesetzen verpönt, macht nichts aus; sonst würde folgen, daß ein Baier, der in Baiern einen Baiern tödtet, hiefür in allen Staaten der gebildeten Welt bestraft werden könnte. Das Argument aus dem Unterthanenverhältniß aber ist für den modernen Staat um so weniger passend, als es das Verhältniß des Staats zu seinen Bürgern mit demjenigen identificirt, worin beim judicium domesticum der Hausvater zu den seiner Gewalt Unterworfenen steht. Wie wenig Fundament die ganze Behauptung hat, erhellt übrigens daraus, daß Mehrere sie auf verschiedene Weise sogleich wieder beschränken [1]), während doch der Grund derselben seiner Natur nach absolut ist. Aber freilich spricht die Natur der Sache dafür, daß man Handlungen gegen unsre Lokalpolizei, die ein Inländer im Auslande begeht, nicht nach unsern Gesetzen bestrafen kann. Um so gewisser ist es aber inkonsequent, den Satz, daß ein Inländer die Strafgesetze seines Landes in der ganzen übrigen Welt übertrete, bald auf Verbrechen gegen andre Bürger seines Landes, bald auf Rechtsverbrechen oder Uebertretungen gemeinheitlicher Verpflichtungen einzuschränken. — Was den andern Grund betrifft, so ist nach dem Obigen die Idee des völkerrechtlichen Rechtsschutzes, wie sie die Wirtemb. Motive geradezu aussprechen, hier ganz unanwendbar, weil die Strafrechtspflege nicht im Interesse

1) Feuerbach, Grolmann, Heffter s. o.

der verletzten Personen ausgeübt wird. Aber auch der von Feuerbach gebrauchte Umweg, daß durch Verbrechen eines diesseitigen Bürgers gegen fremde Staaten und deren Angehörige der völkerrechtliche Friede gestört werde, und darum unser Staat ein indirektes Interesse habe, sie als Verbrechen gegen sich selbst zu behandeln, ist nur relativ richtig. Denn, wenn allerdings sowohl Recht als Klugheit von jedem Staate fordern, daß er die Begehung von Verbrechen gegen fremde Staaten und deren Angehörige von seinem Gebiete aus bei Strafe verbiete, so folgt daraus doch noch nicht, daß er sich um solche Verbrechen zu bekümmern brauche oder bekümmern müsse, wenn sie außerhalb seiner Grenzen begangen werden. Am weitesten geht aber Krug [1]), der alle Schwierigkeiten zusammen (auch hinsichtlich der im Auslande delinquirenden Ausländer) durch den kühnen Satz niederschlägt, daß die Beschränkung des Staats auf ein bestimmtes Territorium nur eine faktische Folge der irdischen Unvollkommenheit sei, die der Idee widerspreche, — woraus denn folgen würde, daß das Gericht jedes Staats sämmtliche, in der ganzen Welt begangenen Verbrechen zu bestrafen das Recht und die Pflicht hätte [2]). Man wird also vielmehr darauf bestehen müssen, daß der konkrete Staat seine Strafgesetze nur für Verbrechen zu geben habe, die auf seinem Gebiete begangen werden [3]). Auch kann man hier nicht einmal die Ausnahmen gelten lassen, welche Einige noch machen: wenn nämlich der Bürger gegen seinen einheimischen Staat ein

1) Krim. Jahrb. für Sachsen. I. S. 265 ff.

2) Hufnagel III. S. 629.

3) Schröter Hdbch. §. 46. Henke I. §. 90. Abegg über die Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen. S. 37—41. 45—50. Martin §. 26. Marezoll S. 59. Mittermaier n. 1. zu Feuerbach §. 31. Demme's Annalen VIII. S. 339 ff.

Verbrechen verübte, oder eine in seinem Lande übernommene, durch Strafgesetze geschützte Pflicht verletzte, oder wenn das im Auslande verübte Verbrechen auf eine im Inlande befindliche Person gerichtet war. Denn das unmittelbare Objekt des Verbrechers gehört nicht zu seinem Wesen, und es ist vielmehr völlig gleichgiltig, wo der Verletzte sich befindet. Nur das forum delicti commissi kann entscheiden; und, falls etwa ein fremder Staat Verbrechen, die in seinem Gebiete gegen den diesseitigen Staat oder seine Angehörigen begangen werden, gar nicht oder geringer strafen sollte, so berechtigt dies nur zu Retorsionsmaßregeln, nicht aber auch zu der unnatürlichen Bestimmung, daß im Auslande begangene Verbrechen als im Inlande verübt fingirt werden sollen. Wenn je eine Ausnahme zulässig seyn soll, so kann es nur die seyn [1]), daß der Inländer, der in fraudem legis ins Ausland geht, um dort Verbrechen zu verüben, im Vaterlande strafbar seyn soll [2]). — Der wahre Grund, warum unsre Gesetzgebungen die ausländischen Delikte der Inländer verpönen, ist doch wohl der praktische, daß die Auslieferung der Bürger an fremde Strafgerichte für unehrenhaft gilt. Allein diesen Grund kann man anerkennen und gleichwohl das richtige Princip festhalten, sobald nur der Staat bei Bestrafung solcher Bürger, die im Auslande delinquirt haben, sich bloß als Organ desjenigen Staats betrachtet und gerirt, dessen Strafgesetze übertreten sind. Daß er hiemit sein Rechtsbewußtsein so weit aufgeben müßte, um nach diesen fremden Gesetzen zu strafen, wie Feuerbach [3]) verlangt, folgt daraus keineswegs. Denn, indem er die

1) Mittermaier und Marezoll a. a. O. Henke I. S. 606.
2) AM. Wens l. c. p. 33.
3) Lehrb. §. 40. a. E.

Stelle des andern Staats vertritt, behält er seine Individualität. Wohl aber rechtfertigt es sich (s. den §. a. E.), stets das mildere Gesetz anzuwenden [1]). Uebrigens kann auch noch der Fall vorkommen, daß der eine Staat für Verbrechen erklärt, was im andern erlaubt ist. Für diesen dürfte die Bestimmung des Wirtemb. Gesetzbuchs Art. 3. Z. 1. nicht mit seinen kosmopolitischen Motiven harmoniren. Denn dort ist zwar gesagt, daß in Wirtemberg keine Strafe erfolgen soll für eine im Auslande begangene Handlung, die zwar nach Wirtembergischen Gesetzen, nicht aber nach denen des Auslands als Verbrechen gilt, — ein Satz, der eine richtige Konsequenz des oben aufgestellten Grundprincips bildet [2]). Wenn nun aber der Fall sich umgekehrt verhält, d. h. wenn die im fremden Staat begangene Handlung dort als Verbrechen gilt, nicht aber in Wirtemberg, so würden hier die völkerrechtlichen Motive offenbar darauf führen, daß der schuldige Inländer entweder auszuliefern oder in Wirtemberg nach dem fremden Gesetze zu bestrafen wäre. Dies erkennt das Gesetzbuch nicht an, und gewiß mit Recht, da diese Nichtanerkennung gleichfalls eine einfache Folgerung aus dem am Schluß des Paragraphen aufgestellten Grundsatze ist. Konsequenz ist aber in jenem Systeme nicht zu finden;

ad 2) wird wohl in der Regel wenigstens dies zugegeben, daß der konkrete Staat um Verbrechen, die im Auslande von Ausländern gegen fremde Staaten und deren Angehörige begangen werden, sich überall nicht

1) Vgl. Wirth System der Ethik. II. S. 358.

2) Daß er aber im Widerspruch mit dem Princip ist, wonach der bleibende Unterthan auch im Ausland in unmittelbarer Relation zu den Strafgesetzen des Inlands bleiben soll, ist klar. Hufnagel III. S. 629.

zu bekümmern habe [1]). Nur freilich ist wieder schwer einzusehen, wie dies mit der Grundansicht sich vereinigen lassen soll, daß der konkrete Staat seiner Idee nach alle dem Inhalt seiner Strafgesetze entgegengesetzten Akte, sie mögen vorfallen, wo sie wollen, zu strafen berechtigt sei, oder auch mit der Ansicht, daß es wenigstens um des völkerrechtlichen Friedens willen nöthig sei, daß der Staat sich auch um auswärts begangene Verbrechen bekümmere. Konsequenter ist daher Grolman [2]), der dem Staate, wenigstens in Beziehung auf alle Verbrechen, die nicht bloße Polizeivergehen sind, jenes Recht ohne Schranken vindicirt. Allerdings aber muß von dem richtigen Princip aus die erstere Behauptung vorgezogen und die Forderung des völkerrechtlichen Friedens mit dem Institute der Auslieferung, gegen das hier keine Anstände obwalten, abgefunden werden. Zwar hat man neuerdings wieder versucht, eine Ausnahme hinsichtlich politischer Verbrecher aus dem Grunde zu rechtfertigen [3]), weil in dem einen Staate als Staatsverbrechen verpönt seyn könne, was in dem andern erlaubt sei, Staatsverbrechen daher vom völkerrechtlichen Gesichtspunkte aus als besondere erscheinen. Allein es ist klar, daß daraus folgen würde, daß der eine Staat auch die Begehung aller Verbrechen gegen fremde Staaten durch seine eigenen Bürger, sei es von seinem eigenen oder dem Gebiete des fremden Staats aus, freigeben müßte, was doch geläugnet wird. Dieser Widerspruch kann aber nicht durch die Bemerkung entfernt werden, daß der Staat durch die Nichtbestrafung seines Glieds dessen Schuld zu der seinigen machen würde, während er im

1) Tittmann a. a. O. S. 17. Wirt. GB. Art. 4.
2) Lehrb. §. 107.
3) Wirth a. a. O. II. S. 357. 368. Vgl. Abegg Lehrb. S. 96.

andern Falle keinen Antheil am Verbrechen nehme. Denn durch Schutz des fremden Verbrechers nimmt der Staat ebenso Antheil am Verbrechen, wie durch Nichtbestrafung des einheimischen. Es ist aber überdies sonderbar, den ersten Satz aus der vom völkerrechtlichen Gesichtspunkte sich ergebenden Besonderheit der Staatsverbrechen, und den entgegenstehenden aus der völkerrechtlichen Nothwendigkeit, daß ein Staat den andern schütze, abgeleitet zu sehen. Und nicht minder sonderbar ist es, wenn das eine Mal gesagt wird, einem Staate könne nicht zugemuthet werden, zur Bestrafung dessen mitzuwirken, was er für erlaubt, oder gar für Pflicht erkläre, andrerseits aber geradezu von ihm gefordert wird, daß er, wenn seine Bürger dies Raisonnement praktisch anwenden, sein Rechtsbewußtsein verläugnen und um des Völkerrechts willen, — das doch Staatsverbrechen für besondere erklärt — strafen solle. — Dagegen soll nun dem Staate die Bestrafung derjenigen Ausländer gestattet seyn [1]), welche vom Auslande aus gegen ihn selbst oder seine angehörigen Verbrechen begehen, — ein Strafrecht, das aber (bezeichnend genug) nur dadurch gerechtfertigt wird, daß man sagt, der Staat habe gegen solche Individuen eigentlich das für sie viel unangenehmere jus belli, sie müssen sich also noch höflich bei ihm bedanken, wenn er sie bloß strafe. (Dasselbe wird denn zuweilen auch in Beziehung auf Einheimische behauptet, die vom Auslande aus gegen das Inland Verbrechen begehen [2]). Mit Recht aber wird von andern Schriftstellern dieses höchst abenteuerliche Strafrecht verworfen, und vielmehr nur völker-

1) Tittmann a. a. O.
2) Im Resultate freilich richtig, aber nicht in der Begründung.

rechtliche Genugthuungsforderungen, resp. polizeiliche Sicherheitsmaßregeln gestattet[1]).

Als die falschen Extreme erscheinen im Allgemeinen: einerseits das gutmüthige Bestreben, einen kosmopolitischen Rechtsschutz (oft auf einem kleinen Territorium) zu verwirklichen, was zu widerrechtlichen Eingriffen in die Hoheit andrer Staaten führt, — andrerseits die engherzige Beschränkung auf nationalen Rechtsschutz, wodurch fremde Staaten gezwungen werden, sich ein Strafrecht beizulegen, das sie nur als Surrogat eines jus belli plausibel zu machen wissen. In beiden Fällen ist aber der Grundmangel die falsche Ansicht, als bestehe die Strafrechtspflege zum Schutze des Verletzten, während mit der Aufgebung dieses unrichtigen Princips auch das Bedürfniß der falschen[2]) Theorie, daß der Inländer überall in der Welt durch Verbrechen seine einheimischen Gesetze übertrete, um so mehr hinwegfiele, als es derselben zur Begründung der Nichtauslieferung der Inländer gar nicht bedarf.

§. 193.

Aus der Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat ergeben sich ferner b) die Grundsätze über die **Dauer der Strafgesetze**. Das positive Recht überhaupt, und damit auch das Recht in Beziehung auf Verbrechen, gehört der Sphäre der endlichen Erscheinung an und ist daher, als ein seiner Idee gegenüber unendlich Perfektibles, dem Processe des Entstehens und Vergehens unterworfen. Dieses Recht,

1) Feuerbach §. 31. Martin §. 26. Abegg Bestrafg. S. 50 ff. Heffter N. Arch. XIV. S. 147. Lehrb. §. 26. not. 3. Marezoll. S. 60.

2) Sie ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch verwerflich, weil aus ihr die mildere Bestrafung des übertretenen milderen ausländischen Gesetzes nicht zu folgern ist.

das Strafgesetz (im w. S.) hat also einen Anfang und ein Ende, d. h. seine einzelnen Bestimmungen wechseln, je nachdem die Quelle derselben, die allgemeine Ueberzeugung und der allgemeine Wille, wechselt; und es fragt sich nun, von wann an das Strafgesetz binde? und von wann an es zu binden aufhöre? Beide Fragen beantworten sich einfach: 1) Ein Gesetz kann erst von dem Augenblicke an praktisch giltig seyn, wenn das ihm zu Grunde liegende allgemeine Wissen und Wollen in der ihm angemessenen Form der Allgemeinheit in die Existenz getreten ist, also das geschriebene Gesetz mit der erfolgten Publikation, das ungeschriebene dann, wenn aus der gleichförmigen Anwendung desselben die Festigkeit der zur Quelle dienenden allgemeinen Rechtsüberzeugung erhellt. 2) Dagegen hört es auf, giltig zu seyn, wenn ein verändertes allgemeines Wissen und Wollen in einer der eben gedachten Formen offenbar wird. Diese aus der Natur der Erscheinung hervorgehende Qualität des positiven Rechts führt nun aber gerade im Gebiete des Strafrechts 3) zu einer eigenthümlichen Antinomie. Einerseits nämlich ist das Recht über Verbrechen, verschieden vom bürgerlichen Rechte, ein gegen die Interessen der Person Indifferentes, an und für sich Seiendes, das sohin auch vom Augenblicke seines Existentwerdens an absolute Geltung verlangt. Andrerseits ist es ungerecht, ein neues Strafgesetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach dem allgemeinen Wissen und Wollen diese Handlung entweder ganz als erlaubt oder doch als ein geringeres Delikt galt; und zwar aus dem doppelten Grunde, weil hier eine Strafe angewandt würde, wo es ganz oder relativ an der Tilgung einer Schuld fehlte, und weil eine objektive Genugthuung für eine Rechtsverletzung gefordert würde, die zur Zeit, da sie vorgegangen seyn sollte, gar nicht möglich war. Zwar scheint nun aus denselben Gründen auch die

Nichtrückwirkung eines milderen Strafgesetzes zu folgen, weil im vorausgesetzten Fall sowohl eine Schuld zu tilgen wäre, als für ein seiner Zeit wirklich verletztes Recht Genugthuung gegeben würde. Allein, so gewiß der Verbrecher selbst sich nicht zu beklagen hätte, wenn noch jetzt das von ihm übertretene Gesetz auf ihn angewandt würde, um so gewisser würde der Staat ein Unrecht gegen sich selbst begehen, wenn er ein Recht noch wiederherstellen wollte, das er ganz oder relativ für ein solches nicht mehr erkennt. Die Antinomie löst sich mithin in dem Grundsatze, daß ein milderes Strafgesetz absolute Giltigkeit, ein härteres dagegen keine rückwirkende Kraft hat.

Anm. — 1) Obgleich im Strafrechte das Gewohnheitsrecht nur in der — gegenüber dem Privatrechte jedenfalls sehr beschränkten — Form des Gerichtsgebrauchs überhaupt denkbar ist [1]), so kehrt doch auch hier die allgemeine Streitfrage wieder, ob die allgemeine Rechtsüberzeugung an sich schon das Recht und die Gewohnheit nur der Erkenntnißgrund seines Bestehens [2]), oder ob die gemeinschaftliche Rechtsüberzeugung nur insofern Entstehungsgrund einer Rechtsnorm sei, als dieselbe in einer Gewohnheit sich äußere, wornach dann die Gewohnheit nicht blos als Erkenntnißgrund, sondern als die wesentliche Entstehungsform des Gewohnheitsrechts prädicirt werden müsse [3]). Bedenkt man, daß der allgemeine Inhalt nur in der ihm angemessenen Form der Allgemeinheit als solcher existiren, daher auch ein

---

1) Schröter Hdbuch. S. 61. Grolmann §. 128. Wächter I. S. 12.

2) Savigny System I. S. 35 ff. 82. 146. ff. 177 ff. Puchta Gew. Recht I. S. 180 ff. II. S. 5 ff. 254 ff. Luden Hdb. I. S. 134.

3) Mühlenbruch Pand. Recht §. 38. n. 3. Kierulff Civil-R. I. S. 9. Wächter Wirt. Priv. R. II. S. 34. not. 9.

allgemeines Wissen und Wollen, eine Rechtsüberzeugung, nur dann erst als solche gelten kann, wenn sie sich als solche ausspricht, zu ihrer praktischen Existenz mithin die Ausübung wesentlich gehört, und nur durch diese zu der einen wesentlichen Bedingung (der Allgemeinheit des Inhalts) die andre wesentliche Bedingung (die Allgemeinheit der Form) hinzutritt, — so muß man ohne Zweifel der zweiten Ansicht den Vorzug geben. Der Gültigkeitsgrund des Gewohnheits-Rechts liegt daher allerdings in der allgemeinen Rechtsüberzeugung; aber zur rechtlichen Norm wird es erst durch die gleichförmig fortgesetzte Uebung, aus welcher das Bewußtsein der Nothwendigkeit seiner Ausübung als ein allgemein vorhandenes erhellt [1]). Ebendaher ist ein aus doktrinellen Geistesoperationen hervorgegangener Gerichtsgebrauch, der eben nur doktrinelle Autorität hat, sehr wohl zu unterscheiden von einem solchen, der sich als Träger eines wahren Gewohnheitsrechts ausweist und dem allerdings Gesetzeskraft zukommt [2]). — Daß ein geschriebenes Gesetz erst mit erfolgter Publikation in Wirksamkeit trete, nicht etwa für den um dasselbe wissenden auch schon vorher (wie Quistorp und später noch Oersted behauptet hatte), ist jetzt wohl allgemein anerkannt [3]).

2) Ueber die hier einschlagende Streitfrage, ob ein geschriebenes Gesetz auch durch Gewohnheisrecht aufgehoben werden könne? s. Anm. zu §. 177.

3) In Bezug auf die Rückwirkung der Gesetze ist

1) Wächter a. a. O. vgl. Luden I. S. 135. Puchta II. S. 11. 242. 257. Mühlenbruch §. 38. nr. 1. 2.

2) Wächter a. a. O. S. 41—44. Gem. Recht Deutschl. S. 111—116. Puchta I. S. 164 ff. II. S. 16 ff. Jordan Civil. Arch. VIII. S. 239 ff. Savigny System I. S. 149. 173.

3) Heffter §. 21. n. 1.

hier die Frage eben nur auf die strafrechtlichen Bestimmungen im e. S. beschränkt worden. Der oben aufgestellte Grundsatz ist wohl als communis opinio zu bezeichnen [1]). Nur wird theils die Antinomie, deren Lösung er bildet, in der Regel nicht scharf hervorgehoben, theils die Fälle der Anwendung nicht immer vollständig und richtig bezeichnet.

§. 194.

c) Endlich ergeben sich aus der wesentlichen Beziehung des Verbrechens auf den konkreten Staat die Grundsätze über die Anwendung des Strafgesetzes. Zunächst versteht sich von selbst, daß die vorhandenen Strafgesetze (sie stellen sich nun als förmliche Gesetze oder als Gewohnheitsrecht dar) in dem Sinne angewandt werden müssen, in welchem sie gegeben sind, zu welchem Behufe es denn bei ihnen, wie bei allen andern Theilen des positiven Rechts, der gehörigen Auslegung bedarf. Von der Thätigkeit der Interpretation wohl zu unterscheiden ist aber die Anwendung des richtig ausgelegten Gesetzes auf solche Fälle, für welche eine positive Festsetzung fehlt. Hier folgt nun aus dem gedachten Momente, daß solche Fälle nur nach der Analogie eines bestimmten Gesetzes, wo ein solches vorhanden ist, und wo es daran fehlt, nur aus dem Geiste des gesammten positiven Strafrechts zu entscheiden sind.

Anm. — Da die Grundsätze über die (authentische und doktrinelle) Auslegung der Strafgesetze nichts Besonderes an sich haben, so kann hier füglich darüber hinweggegangen und auf die erschöpfenden Darstellungen Anderer [2]) — namentlich auch hinsichtlich der erst neuer-

1) S. Wächter I. S. 58. 59, und Mittermaier not. 2 zu Feuerbach §. 74 u. die dort Angef., besonders die Schrift von Zachariä.

2) Literatur bei Wächter I. §. 39. Mittermaier zu Feuerbach

dings vielbesprochenen Frage über die Auslegung konstitutioneller Gesetze [1]) verwiesen werden. — Anders verhält es sich mit der Frage nach der analogischen Anwendung der Gesetze, sofern hie und da behauptet wird, daß diese im Gebiete des Strafrechts ausgeschlossen sei. Insbesondere sucht Luden [2]) auszuführen, daß eine solche Lücke, welche durch Analogie ausgefüllt werden müßte, im Strafrechte gar nicht vorkommen könne. Alle Strafgesetze können nämlich nur die beiden Fragen betreffen: ob eine Handlung überhaupt bestraft — und in welchem Maße dieselbe bestraft werden solle. In ersterer Beziehung nun aber könne auch nicht einmal scheinbar eine Lücke vorkommen; denn in der Uebergehung einer Handlung durch den Gesetzgeber liege stets dessen Erklärung, daß diese Handlung straflos seyn solle. Hinsichtlich der andern Frage könne aber gleichfalls keine Lücke vorkommen, die durch Analogie ausgefüllt werden müßte, da hier stets der Gesetzgeber etwas Bestimmtes gewollt haben müsse, was er nur unbestimmt gelassen habe, und was nun nur mittelst der gewöhnlichen Auslegungsregeln deutlich herauszulegen sei. Allein zuvörderst ist es willkührlich, die Analogie eben nur auf diese beiden Fälle einzuschränken, da es doch im Strafrechte außer den genannten Punkten (Straffall und Strafmaß) eine ganze Menge andrer wichtigen Punkte gibt, welche durch das Gesetz unentschieden gelassen seyn können, und welche gleichwohl im vorkommenden Falle entschieden

---

§. 75. a. und die not. a—d. Angef. Luden Hdbuch. I. §. 10. Wächter Wirt. Priv.R. II. S. 133—159.

1) Mohl N. Arch. 1842. S. 214 ff. 340 ff. und die dort Angef.

2) Handb. I. §. 11. vgl. Mittermaier a. a. O. Literatur s. bei Wächter I. §. 40. 41. Mittermaier a. a. O. not. 4 e—m.

werden müssen[1]). Diesem Einwurfe sucht zwar Luden dadurch zu entgehen, daß er behauptet, hier reiche die Auslegung aus, da es sich nur davon handle, von Grundsätzen, die etwa der Gesetzgeber nur bei dem einen oder andern Falle ausgesprochen habe, eine allgemeinere Anwendung aus dem Grunde zu machen, weil keine besonderen Gründe vorhanden seien, diese Anwendung auszuschliessen. Diese Replik ist aber weder erschöpfend, noch richtig. Letzteres nicht, weil diese Operation offenbar über den Begriff der Auslegung hinausgeht. Ersteres nicht, weil bei gesetzlich unentschiedenen Punkten keineswegs immer ein solcher Grundsatz zu Gebot steht, der eben nur generalisirt werden dürfte. Sodann aber meint Luden, es dürfe ein Strafgesetz allerdings auch auf solche Fälle angewandt werden, welche das Gesetz nicht genannt habe; aber nur dann, wenn der Gesetzgeber diese Fälle wirklich gemeint und nur seine Willensmeinung zu eng ausgedrückt habe. Dies sei aber nicht Analogie, sondern ausdehnende Auslegung, und es sei ein großer Fehler, daß beides oft verwechselt werde. — Allein dieser Verwechslung macht, wie angef., Luden selbst sich schuldig, wenn er nur von Auslegung spricht, wo es sich davon handelt, nicht etwa nur den Sinn einer gewissen Bestimmung zu erforschen, sondern die Frage zu beantworten, ob eine solche Bestimmung auch bei solchen Punkten, wo das Gesetz kein Wort darüber sagt, deshalb zur Anwendung kommen soll, weil hier eine gleiche ratio legis obwaltet, wie in dem Fall, für welchen das Gesetz die Bestimmung gegeben hat. Hier findet eben nichts Anderes, als Gesetzesanalogie, statt[2]);

1) Wächter I. §. 41. not. 94.

2) Allerdings kann auch eine solche gesetzliche Bestimmung als all=

giebt man aber diese Weise, Lücken auszufüllen, zu, so muß man, wie dies auch Luden S. 151 in der Note richtig einräumt, als weitere Konsequenz die Rechtsanalogie gleichfalls zugeben. Und nur darüber kann noch die Frage seyn, ob diese Weisen, Lücken auszufüllen, auch gestattet seyn sollen mit dem Erfolg, daß Handlungen für Verbrechen angesehen werden dürften, die im Gesetz nicht dafür erklärt sind? Dies läugnet Luden, indem er zugleich die ausdehnende Auslegung zuläßt. Allein, da er unter den Begriff der letzteren auch noch dies subsumirt, wenn (wie es im Braunschw. G.B. heißt) ein nicht genannter Fall deshalb für strafbar erklärt wird, weil er nach dem Grunde eines bestimmten Gesetzes darin enthalten erscheint, so rechnet er eben zur ausdehnenden Auslegung das, was in Wahrheit analogische Anwendung und deshalb auch von der Braunschweig. Regierung mit vollem Rechte so genannt worden ist. Die Verwechslung beider Begriffe ist aber nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch vom Uebel [1]), insbesondere deshalb, weil sie eben das herbeiführt, was Luden vermeiden will. Dagegen dient gerade das Auseinanderhalten beider Begriffe im Gegentheil dazu, dem richterlichen Ermessen heilsame Schranken zu setzen, indem hier der Richter absolut gehindert wird, Sinn und Grund eines Gesetzes für identisch zu nehmen und somit wegen gleicher ratio unbedingt zu strafen, unter dem Vorwande, daß dies der richtig verstandene Wille des Gesetzes selbst sei; während es sich dann von selbst

---

gemein geltender Rechts-Grundsatz ausdrücklich oder stillschweigend im Gesetze vorliegen, in welchem Falle dann freilich keine analogische, sondern einfach eine Anwendung des Allgemeinen auf das Besondre eintritt. Hufnagel III. S. 4. 5.

1) Vgl. Wächter Wirt. Privat-R. II. S. 54. not. 2. u. S. 141. 142.

versteht, daß er, wenn ihm ex ratione legis bloß analogische Anwendung erlaubt ist, mit weit mehr Vorsicht zu verfahren hat. Indem nun Luden die bestrittene Analogie unter andrem Titel selbst zugiebt, so braucht auf seinen, aus der Natur der Strafgesetzgebung hergenommenen, Grund zur Bestreitung der Analogie nicht besonders eingegangen zu werden. Dagegen kann dieser allerdings behufs der Frage aufgegriffen werden, ob nicht eine mit der Absicht der Vollständigkeit gegebene Gesetzgebung über Verbrechen gut daran thue, ausdrücklich alle analogische Anwendung auszuschließen? diese Frage wird allerdings bejaht werden müssen, sofern man das Verbot nur eben auf die Fälle einschränkt, wo wegen Gleichheit des Grundes Handlungen, die auch durch Extensivinterpretation nicht in dem Gesetze gefunden werden können, als Verbrechen sollten behandelt werden [1]). Denn so zweckmäßig es ist, hier den Richter streng an das Gesetz zu binden, so unzweckmäßig wäre es, ihm die Ausfüllung anderweitiger möglicher Lücken durch Analogie zu untersagen, da es für derlei unentschiedene Punkte immerhin an einer unmittelbaren ratio decidendi [2]) im Gesetze selbst fehlen kann. Jenes aber ist zweckmäßig, weil es des Gesetzgebers unwürdig ist, den Richter zum Kritiker seiner rationes zu machen, vielmehr, wenn sich wirklich eine Lücke zeigt, es ihm selbst geziemt, seinem Grunde für den zuvor unbeachtet gebliebenen Fall Folge zu geben. Die Bestimmungen des Sächs. oder Wirtemb. G.Bs. dürften mithin hier der des Braunschw. vorzuziehen, in jedem Falle aber

---

1) Hufnagel a. a. O. glaubt, dies allein sei überhaupt Gesetzesanalogie, aber mit Unrecht.

2) S. darüber Wächter Wirt. Privat-R. II. S. 57.

die Luden'sche Definition der ausdehnenden Auslegung, welche die Analogie mit enthält, zu verwerfen seyn.

3) Die korrektive Strafgerechtigkeit.

§. 195.

Als formelle Totalität des objektiv sittlichen Geistes setzt der Staat innerhalb seiner auch alle andern sittlichen Sphären, soweit sie den Boden der objektiven Existenz betreten, ohne gleichwohl in ihm ihr Princip zu haben und eigenthümliche Produkte seines (des objektiv sittlichen) Geistes zu seyn. Diese sittlichen Kreise — Familie, Kirche und Schule — haben eben hiernach ein doppeltes Verhältniß zur Strafrechtspflege: Einerseits nämlich werden sie eben durch ihr Hervortreten in die Objektivität selbst zu Gliedern des Rechtsorganismus und eben deshalb auch fähig, in größerem oder geringerem Umfange Objekte von eigentlichen Verbrechen zu werden, gegen welche das Recht wiederherzustellen, Sache des Staats ist. Andrerseits aber bleiben sie gleichwohl Organe einer wesentlich vom Rechtsleben unterschiedenen Potenz des sittlichen Geistes, und, sowie hieraus überhaupt für sie die Nothwendigkeit einer von den specifischen Staatszweigen verschiedenen Organisation folgt, so muß ihnen auch für alle diejenigen Fälle objektiver Negation des sittlichen Geistes, zu deren Tilgung die Strafrechtspflege des Staats sich als unangemessen erweist, ein Analogon dieser, eine korrektive Strafgerechtigkeit zuerkannt werden.

§. 196.

Das Verbrechen, dessen Wiederaufhebung Sache der Staatsrechtspflege ist, hat sich als schuldvolle Handlung eines das Recht als Recht verletzenden Subjekts bestimmt. Darin liegt die Voraussetzung: theils eines wirklichen Rechts als Objekts der Verletzung, theils eines zu einer solchen Verletzung reifen Subjekts, theils — was mit beiden Momenten genau zu-

sammenhängt, der Möglichkeit, die Verletzung in der Form der objektiven Genugthuung zu tilgen (s. den nächsten Abschnitt). In diesen drei Beziehungen kann es nun an der Voraussetzung der Strafrechtspflege des Staates fehlen, und eben da tritt dann ergänzend die korrektive Gerechtigkeit jener andern sittlichen Kreise ein. a) So gewiß jede von einem Mündigen verschuldete Verletzung eines wirklichen Rechts nur vom Staate wieder aufzuheben ist (und zwar auch solche, die den fraglichen sittlichen Kreisen angehören, z. B. Ehebruch, Religionsfriedensbruch 2c.), so gewiß giebt es auch die Sittlichkeit verletzende Handlungen, welche nicht unter die Kategorie des Verbrechens fallen. Von diesen ist nun zwar eine ganze Klasse gleichfalls wieder einer specifischen Staatsthätigkeit, der Sittenpolizei, zur Verhütung und resp. Wiederaufhebung zu vindiciren, diejenigen nämlich, welche nach Form oder Wesen, oder nach beiden Beziehungen zugleich aus dem Kreise des Einzellebens heraustreten und in das Gebiet der Oeffentlichkeit übergehen [1]). Gerade nun aber, sofern ein solches Sichpreisgeben der Immoralität an die Gesellschaft nicht stattfindet, dieselbe vielmehr vor dem Auge des objektiv sittlichen Geistes sich verbirgt und nur in engerem Kreise offenbar wird, da muß die Disciplin der das Subjekt als solches ergreifenden sittlichen Macht, — der Kirche, eintreten. Wenn aber diese Zucht, wie die Rechtspflege des Staats, den mündigen Menschen voraussetzt, so tritt eine ähnliche Unangemessenheit der Staatsrechtspflege b) hinsichtlich aller wirklich rechtsverletzenden Handlungen ein, welche von noch nicht mündigen, überhaupt von solchen Individuen begangen werden, die der kriminellen Verantwortlichkeit nicht fähig sind, sei es, daß sie sich im Stadium der erst werdenden

---

1) Wirth System der Ethik II. S. 251 — 254. Mohl Polizeiwissenschaft I. S. 552 — 560.

Freiheit befinden, wie Kinder, Taubstumme, nicht ganz zurechnungslose Blödsinnige &c., oder daß die Freiheit bei ihnen durch Krankheit in einer solchen Weise wieder aufgehoben ward, daß sie zwar relativ als frei, dabei aber doch als partiell von der Macht des Naturkausalismus Beherrschte gelten müssen, wie die partiell Wahnsinnigen &c. (§. 179.) Hier tritt ergänzend die Zucht der Familie und der Schule (worunter auch die ihrem Zweck gemäß organisirten Irrenheilanstalten, sowie die noch sehr zu vermissenden Besserungshäuser für jugendliche Verbrecher zu begreifen sind) ein. Beide Arten von Zucht haben c) das Eigenthümliche an sich, daß entweder aus dem Wesen der aufzuhebenden Negation des sittlichen Geistes, oder aus der Beschaffenheit des handelnden Subjekts die Forderung einer von dem vorherrschend durch das Princip der objektiven Genugthuung beherrschten Wesen der öffentlichen Strafrechtspflege verschiedenen Weise der Wiederaufhebung hervorgeht. Vielmehr verlangt der immoralische Gehalt der unter die Kirchenzucht fallenden Handlung ebenso, wie die relative Unfähigkeit zur freien Selbstbestimmung in dem andern Fall, eine vorherrschend subjektive Weise der Tilgung der Schuld, deren letztes Princip daher (s. §. 164.) das der Besserung seyn muß.

Anm. — Ueber die häusliche und Schulzucht s. Anm. zu §. 179, wo, in wesentlicher Uebereinstimmung mit Heffter, der entscheidende Grund, warum jugendliche und ihnen ähnliche Verbrecher von der öffentlichen Strafrechtspflege zu eximiren sind, sich ausführlicher angegeben findet. Abegg [1]) legt das Gewicht auf ein andres Moment, nämlich auf die Nothwendigkeit für den Staat, in gewissem Umfange das sittliche Recht der Familie anzuerkennen. Allein, so wahr es ist, daß der Staat

1) In der schätzenswerthen Abh. in Demme's Annalen II. S. 1 ff.

das eigenthümliche sittliche Princip der Familie (und zwar noch in tieferer Weise, als es auf der Grundlage von Hegel's Rechtsphilosophie gesagt werden kann) achten muß und sich keine Eingriffe darein erlauben darf, so ist doch wohl gerade die vorliegende Frage nicht geeignet, diesen Gesichtspunkt als den hauptsächlichen hervortreten zu lassen. Denn das Recht der Erziehung, wovon hier allein die Rede seyn kann, bliebe vollkommen gewahrt, wenn gleich der Staat verbrecherische Handlungen jugendlicher Subjekte, wodurch diese eben die Schwelle des Familienheiligthums überschreiten und sich dem öffentlichen Leben der Gesellschaft preisgeben, vor sein Forum zöge. Das Recht hiezu dem Staat deshalb abzusprechen, weil er dadurch ein Recht der Familie verletzte, dürfte sehr schwer fallen, wie denn auch die Behauptung ohne Beweis geblieben ist. Ferner aber sind ja in gleicher Lage mit jugendlichen Familienmitgliedern auch familienlose jugendliche Uebertreter, Taubstumme, Dumme, partiell Verrückte u. dgl., bei denen allen dasselbe Bedürfniß der Exemtion von der eigentlichen Strafrechtspflege obwaltet, ohne aus einem sittlichen Rechte der Familie deducirt werden zu können. In der Sache stimmt aber freilich Abegg mit der obigen Ausführung überein, aus welcher dann als Konsequenz andrerseits wieder allerdings eine Huldigung vor dem sittlichen Princip der Familie hervorgeht, nur daß dabei von keinem specifischen Rechte die Rede seyn kann, das der Familie als solcher, und das ihr gar ausschließlich zustände. Der wahre Grund liegt in der Willensunreife der fraglichen Verbrecher, welchen keine subjektive Gesetzesübertretung und eben damit keine kriminelle Schuld imputirt werden kann. Aus diesem Grunde kann gegen sie keine objektive Genugthuung stattfinden, wie sie

(s. den nächsten Abschnitt) den typischen Charakter der Strafe ausmacht, da deren Vollzug die ausgebildete, der Erziehung entwachsene Freiheit des Subjekts voraussetzt, wie denn der Staat in seiner specifischen Sphäre es überall nur mit dem mündigen Menschen zu thun hat. Gerade, weil der Staat bei seiner Reaktion gegen das Verbrechen das Subjekt in seiner Freiheit respektiren muß, und darum zwar der Strafe eine Richtung auf dessen Besserung geben, nie aber diese zum Princip derselben machen darf, worin eine unerträgliche Bevormundung läge (s. §. 164. 165.) [1]), gerade deshalb muß er solche Individuen, bei denen er einer allgemeinen Norm gemäß und in Folge besonderer Umstände (krankhafter Naturanlage ꝛc.) eine völlig freie Selbstbestimmung nicht annehmen kann, von seinem Forum zurück und an ein solches Forum weisen, welches eben diejenige Seite am Menschen zu ergreifen geeignet ist, die dem Staate unzugänglich bleiben muß. Bei solchen Individuen muß das Princip der objektiven Genugthuung, dem sie noch nicht gewachsen sind, zurücktreten gegen das subjektive Princip der Erziehung oder Wiedererziehung zur Freiheit. Es bleibt zwar im letzteren auch noch erhalten, sofern eine solche Erziehung eine Züchtigung (Strafe im weitern Sinne) zum Mittel hat, aber es bildet nicht mehr den wesentlichen Gesichtspunkt, als welcher vielmehr die Besserung (die Zurückdrängung der natürlichen Triebe, Affekte ꝛc., und die Aktualisirung des Vernunftwillens) hervortritt, daher denn auch Größe und Dauer der Strafe sich hier nicht nach dem Maß der objektiven That, sondern darnach richtet, ob die Besserung erfolgt oder nicht. Als diejenigen Mächte nun, welche das

---

1) Vgl. Wirth, System der Ethik I. S. 121—123.

Subjekt in seiner Totalität zu ergreifen geeignet und berufen sind, erscheinen die Familie und Schule in Beziehung auf die geistig Unmündigen, die Kirche in Beziehung auf die geistig Mündigen. — Daß hier mit der Forderung der Kirchenzucht in keinerlei Weise eine Uebertragung weltlicher Strafgerichtsbarkeit auf die Kirche gemeint sei, dagegen enthält der Paragraph die nöthige Verwahrung. Vielmehr stimmen wir ganz mit Richter [1]) überein, wenn er sagt: daß er das Geschrei nach sofortiger Einführung einer strengen Kirchenzucht nicht billigen könne, daß er aber die Handhabung der Zucht, nicht durch die alte Kirchenbuße, sondern durch Ermahnungen, Warnungen, Ausschließung vom heiligen Abendmahl (also durch subjektive Mittel) der Bestimmung der Kirche vollkommen entsprechend finde.

Zweiter Abschnitt.

Die Strafe.

§. 197.

Nachdem das Verbrechen sich (§. 166) als verbrecherische Handlung, d. h. als die das objektiv im Gesetz ausgedrückte Recht als Recht verletzende, schuldvolle Handlung eines freien Subjekts bestimmt hat, so muß nun auch die Wiederaufhebung desselben eine neue Bestimmtheit annehmen. Sie muß Beides in sich enthalten, die objektive Negation des objektiv hervorgetretenen, und die Tilgung des in der subjektiven Schuld sich vorfindenden Unrechts. Die vermittelte Einheit beider Momente macht das Wesen der Strafe

1) Kirchenrecht §. 214.

aus, welche der gesetzwidrigen Handlung als die vom Staate ausgehende Manifestation ihrer Nichtigkeit entgegensteht. Aus diesen Momenten ergiebt sich nun 1) der Begriff der Strafe überhaupt, 2) die möglichen Zwecke derselben, 3) das Princip der vom Staat ausgehenden Strafe.

Anm. — Zu den hauptsächlichsten Mängeln der von Hegel gegebenen Darstellung des Strafrechts gehört die Zerreißung der dasselbe konstituirenden wesentlichen Momente, deren einige im abstrakten Rechte, andre bei der bürgerlichen Gesellschaft abgehandelt werden, wobei dann gerade die Hauptsache, die subjektive Seite am Verbrechen und der große Reichthum der hieraus fließenden Bestimmungen in die Brüche fällt. Eben hieraus erklärt sich auch die unverdiente Geringschätzung, womit Hegel sämmtliche relativen Theorieen in Bausch und Bogen verwirft, was indessen freilich auch wieder in seiner geschichtlichen Stellung gegenüber dem subjektiven Idealismus überhaupt seine Entschuldigung findet. Jedenfalls aber hat er seiner Deduktion des Strafrechts dadurch geschadet, daß er es erst ganz unter den abstrakt rechtlichen Gesichtspunkt stellt und hiebei Behauptungen vorbringt, denen er selbst nachher widerspricht, sofort aber dasselbe unter dem Gesichtspunkt der konkreten Sittlichkeit wieder aufnimmt, ohne sich klar zu machen, daß dies nicht geschehen durfte, wenn nicht erst dem abstrakten Recht des Verbrechens gegenüber seine Moralität in ihrem guten Rchte anerkannt war. Insbesondre ist dadurch der Begriff der Strafe um ein wesentliches Stück seines Inhalts gekommen, was sich nirgends deutlicher zeigt, als in der unspekulativen Rechtfertigung der Todesstrafe [1]). — Der Beweis dieser kritischen Bemerkung

1) S. die Recension von G. Julius in der Hall. A. L. Ztg. August 1844. nr. 211—215.

liegt übrigens in der bisherigen Darstellung, zugleich aber freilich auch der Beweis dafür, daß nicht das Fundament, sondern nur die Durchführung des Princips bei Hegel gegründeter Anfechtung unterliegt.

1. Der Begriff der Strafe.

§. 198.

Die Strafe enthält a) die objektive Wiederherstellung des Rechts aus seiner Negation mittelst einer dem Werthe nach gleichen Negation des rechtsverletzenden Willens. (§. 6). Dies macht ihre abstrakte Gerechtigkeit aus, durch welche sich der Strafzwang ebensosehr rechtfertigt, als der Entschädigungszwang. Ueberall fordert nämlich die Gerechtigkeit, daß das Unrecht, als das in sich Nichtige, auch wirklich als solches aufgewiesen und behandelt, daß mithin der Zwang, den es enthält, durch Zwang wiederaufgehoben werde, und zwar durch einen ihm gleichen Zwang, weil die zweite Negation allein durch die erste gesetzt und nichts Andres ist, als die Selbstdarstellung ihrer Nichtigkeit. Gegenüber dem bürgerlichen Unrechte wird diese Forderung erfüllt durch den Entschädigungszwang. Denn der Gegenstand der Verletzung ist hier nicht die Substanz des Rechts, der allgemeine Wille in dem Objekte derselben, sondern nur die rechtliche Beziehung dieses Objekts auf einen besondern Willen; daher ist auch die Rechtsverletzung hier nur objektiv, nicht im Bewußtsein des Verletzenden vorhanden. Zur Wiederherstellung des Rechts aus solcher Negation ist daher nichts weiter erforderlich, als daß die rechtliche Beziehung der Sache auf den besondern Willen, dem sie gehört, unmittelbar oder mittelbar (in der Restitution des Werths) ausgesprochen und vollzogen wird. Denn das Unrecht lag nur darin, daß der Wille sich ohne Berechtigung in die Sache legte und deren rechtliche Beziehung auf einen fremden Willen

verneinte. Dieses Unrecht ist aber völlig gut gemacht, wenn ihm eben die Unrichtigkeit dieser Verneinung aufgewiesen, d. h. wenn er gezwungen wird, die rechtliche Beziehung des fremden Willens auf die Sache anzuerkennen, indem er sie oder ihren Werth restituiren muß. Dagegen kann dieser Zwang gegen das Verbrechen nicht ausreichen, in welchem gerade die Substanz des Rechts, der allgemeine Wille in dem Objekte der Verletzung verneint wird. Diese Verneinung kann durch die etwa mögliche Restitution der äußerlichen Sache oder ihres Werths nicht wieder aufgehoben werden, da sie weit über diese hinausgeht, und in vielen Fällen eine solche Entschädigung unmöglich ist. Ebendaher fällt auch hier die Nothwendigkeit der Entschädigung des verletzten besondern Willens hinweg, weil nicht dessen Beziehung auf das Objekt der Verletzung, sondern der substantielle Wille darin den Gegenstand des Angriffs ausmacht [1]). Zwar muß der Entschädigungszwang, sobald seine Bedingungen gegeben sind, neben dem Strafzwange hergehen. Aber dann betrifft er eben nicht das, was das Specifische des Verbrechens ausmacht, und wogegen ebendeshalb noch ein weiterer Zwang nothwendig ist. Das specifische Unrecht des Verbrechens besteht vielmehr einzig in der Verneinung des allgemeinen Willens durch den verletzenden besondern Willen, und nur diese Verneinung kann hier den Gegenstand der Wiederaufhebung bilden. Fragt man aber, worin die in dieser Verneinung enthaltene Verletzung ihre positive Existenz habe, so ergiebt sich, daß sie solche nicht in der Substanz des Willens selbst haben kann, welche vielmehr das Unverletzliche, über alle Verneinung Erhabene ist. Sie kann mithin nur in dem Willen des Verbrechers selbst zu suchen seyn, der folglich,

1) Dies scheint G. Julius in der angef. Rec. wenn wir ihn recht verstanden haben, nicht gehörig zu beachten.

eben insoweit er verbrecherischer Wille ist, wiederaufgehoben werden muß. Indem aber die Wiederaufhebung dieses Willens nur die Selbstdarstellung seiner eigenen Nichtigkeit ist, so muß sie als gleicher Zwang gegen den von dem verbrecherischen Willen ausgeübten Zwang hervortreten, d. h. die Verletzung, welche dieser dem allgemeinen Willen — aber freilich nur in seinem frechen Wahne — angethan hat, muß an ihm selbst vollzogen werden. In dieser Wiedervergeltung, in diesem Akte, wodurch der verbrecherische Wille als das Nichtige, was er ist, gesetzt und zwar in dem Umfange und der Intensität nichtig gesetzt wird, in welchem er ein solches Nichtige ist, — liegt hier die angemessene Wiederherstellung des Rechts; es ist dies die objektive Genugthuung nach dem abstrakten Grundsatz der Gerechtigkeit.

Anm. — Das Princip der Gerechtigkeit wird häufiger ausgesprochen, als deducirt und entwickelt, deshalb finden sich auch so verschiedenartige Theorieen unter dessen Fahne zusammen[1]). Schon auf diesem abstrakten Standpunkte zeigen sich die Mängel, denen man hier so häufig begegnet. Bald irrt man nämlich in die Moral, bald in das Privatrecht ab, und verkennt in beiden Fällen das wahre Objekt der kriminalistischen Gerechtigkeit. Beiderlei Irrthümer schreiben sich aus der vorkantischen Rechtsphilosophie her, deren Beruf überhaupt es war, die Begriffe von Recht und Moral, die sich bei Grotius[2]) und seinen nächsten Nachfolgern noch in Vermischung finden, zu sondern. Die Forderung einer moralischen Wiedervergeltung[3]) erscheint nur als eine

1) S. Mittermaier zu Feuerbach §. 7 a. not. c—b. Luden Hdbuch. I. §. 13.

2) Daß die Strafe ein Uebel für ein Uebel sei, hat man übrigens dem Grotius bis heute nachgeschrieben.

3) Jakob Philos. Rechtslehre §. 65. Abicht Lehre von Belohnungen und Strafen.

Folge des noch nicht vollzogenen Scheidungsprocesses, und es ist daher sonderbar, wie man derlei Theorieen neuerdings wieder mit solchen zusammengestellt findet, welche, von der modernen Spekulation ausgegangen, allerdings den Kant-Fichtischen Dualismus von Recht und Moral verwerfen und von der Idee der Sittlichkeit ausgehen, damit aber natürlich etwas ganz Anderes meinen, als jene vorkantische Moral. Dagegen hat sich die Uebertragung des privatrechtlichen Gesichtspunkts auf das Strafrecht [1]) deshalb länger fortgepflanzt, weil auch in der Kant-Fichtischen Philosophie noch das Staatsrecht von dem Privatrechte keineswegs emancipirt war. Uebrigens ist schon von Abegg (L.B. S. 62) mit Recht bemerkt, daß die Art der Begründung solche Theorieen durchaus als relative erscheinen lasse. Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß von dem allgemeinen Standpunkt des subjektiven Idealismus aus (und wenigstens als dessen Vorbereitung erscheint das vorkantische Naturrecht) überall eine wahre Gerechtigkeitstheorie konsequenter Weise gar nicht möglich war, da man, wenn man nicht mit Kant [2]) zu dem, von Fichte gehörig gewürdigten, kategorischen Imperativ greifen, d. h. sich alle Konsequenz ersparen wollte, doch nicht umhin konnte, die aus der Gerechtigkeit begründete Strafe definitiv erst durch den Staatsvertrag und seine Zwecke zu rechtfertigen. Damit ist aber von selbst das Absolute wieder zum Relativen, das Gerechte zum Zweckmäßigen herabgesetzt. Eine wahrhaft absolute oder

1) Schulze Leitfaden der Entw. der philosoph. Principien des Rechts u. A. und relativ auch Klein u. Schneider.

2) Vgl. auch seine Nachfolger Tieftrunk, Beck, Bergk, Tafinger (bei Wächter I. S. 43 angef.), und dagegen Grolmann über die Begründung des Straf.R. S. 216 ff.

50 *

Gerechtigkeitstheorie konnte daher überall erst aus der entgegengesetzten Weltanschauung des objektiven Idealismus hervorgehen, da diesem allerdings das Recht kein bloß technisch-praktischer Begriff, sondern ein An und für sich Seiendes ist. Einen Uebergang zu dieser Betrachtungsweise der strafrechtlichen Gerechtigkeit kann man bei Welker [1]), und noch entschiedener bei [2]) Vorst anerkennen; sofern sie dem verletzten Individuum den Staat, dem materiellen Schaden einen idealen substituiren und so die privatrechtliche Auffassung der Gerechtigkeit auf den richtigen Standpunkt hinüberführen. Neuerdings wird aber der von Abegg mit gutem Recht angewandte Ausdruck: Gerechtigkeitstheorie vielfach zum bequemen Deckmantel für allerlei eklektische Fragmente in der verschiedensten Mischung gebraucht, so daß er ganz in Mißkredit zu kommen droht.

Vor Allem ist nun festzustellen, worin denn eigentlich die Gerechtigkeit im Strafrechte bestehe. Dies thut der Paragraph, woraus erhellt, daß es sich hier von keiner Vergeltung des Bösen mit Bösem, und überall nicht von einer moralischen Wiedervergeltung, ebenso wenig aber von einer nur ins bürgerliche Recht gehörigen Schadensvergütung handle. Letztere ist zwar auch eine Form der Gerechtigkeit (während die Frage, ob für die moralische Sphäre diese Kategorie überall passend sei, hier dahin gestellt bleiben mag) [3]); allein sie ist von der in der Strafe sich bethätigenden Gerechtigkeit wesentlich unterschieden, und eine Verwechslung

---

1) Letzte Gründe über Recht, Staat, Strafe. Vgl. Wächter I. §. 28.

2) S. die ebenso gehaltvolle, als kurze Schrift: Versuch einer neuen rein rechtlichen Darstellung des Strafrechts.

3) Richter Philos. Strafrecht. S. 83—88.

beider gehört ebensosehr in der Philosophie, als in der Geschichte, des Strafrechts dem Standpunkte der Kindheit an[1]). Auch Borst (dessen Recht und Moral vermittelndes Pflichtrecht wesentlich nichts Andres ist, als Hegels Recht und Moral vermittelnde Sittlichkeit) geht zwar noch ganz von dem privatrechtlichen Standpunkte aus, wenn er Strafe und Schadensersatz gemeinschaftlich aus dem dem Rechtsbegriff inwohnenden Princip der Gleichheit und der dadurch gesetzten strengen Reciprocität alles äußeren Handelns der Menschen unter einander ableitet (S. 77 ff.). Allein nicht nur verwirft er (S. 54 ff.) die Privatrache und vindicirt das Recht der Wiedervergeltung dem in seinem einzelnen Gliede mitbeleidigten Staate (wornach denn die Formel ganz richtig lautet: Wie der Verbrecher den Staatsbürger und in ihm den Staat behandelt, so darf er wieder behandelt werden), sondern er sucht auch besonders noch zwischen den Begriffen der Strafe und des Schadensersatzes eine scharfsinnige Unterscheidung aufzustellen (S. 59—61), die freilich an dem Mangel leidet, daß der Verfasser das wahre Objekt des, neben dem materialen hergehenden, idealen Schadens noch nicht aufzufinden vermochte. Eben hier wird dann Borst durch Welcker[2]) ergänzt, dessen Ausführung von Wächter und Abegg mit Recht gegen die vielfach ungerechte Behandlung, die sie erfahren hat, in Schutz genommen wird. Nur freilich mischt Welcker in den aufgefundenen richtigen Gedanken mehreres Andre ein, was ebensowenig anerkannt werden kann, als die tiefere Begründung aus seiner Ansicht von Recht und Staat überhaupt. Wie schwer es aber

1) Abegg Strafrechtstheorieen. §. 13.
2) A. a. O. S. 249 ff.

überhaupt der Philosophie geworden sei, den Begriff der strafenden Gerechtigkeit auf die gehörige Weise von dem der privatrechtlichen zu sondern, das zeigt sich auch noch bei Richter [1]), wenn er die kriminelle Wiedervergeltung in die rechtliche Ausgleichung zwischen den Gütern und Rechten des Verletzten und des Verletzers setzt. Er ist zu dieser falschen Ansicht durch den an sich ganz wahren Gedanken geleitet worden, daß das Recht der Substanz nach das ewig Unverletzliche ist. Allein nun hätte er die positive Existenz der Verletzung beim Verbrechen nicht in dem gekränkten Rechte der beleidigten Person, sondern in dem Willen des Verbrechers suchen sollen, wo sie allein zu finden ist. Nur hierin aber liegt der Mangel seiner Ausführung, wovon dasjenige, was Luden [2]) gegen ihn vorbringt, nur eine untergeordnete Konsequenz ist. Wie Letzterer überhaupt sich gegen den Begriff des reciproken Maßes als wesentlichen Moments im Begriffe der Gerechtigkeit erklären mag, ist um so weniger zu begreifen, als dies ja eine nothwendige Folgerung aus der von ihm aufgestellten Bezeichnung der in der Gerechtigkeit liegenden Gleichheit ist, sobald es sich von bestimmten Rechtsverhältnissen der Menschen gegen einander handelt, daher er denn auch für das Privatrecht gar nicht entbehrt werden kann. Allerdings darf diese Form der Gerechtigkeit nicht unmittelbar auf das Strafrecht übergetragen werden, aber nicht deswegen, weil der Begriff des gleichen Maßes ihr nicht nothwendig wäre, sondern bloß deswegen, weil das Verbrechen als solches kein Verhältniß zwischen Personen, sondern lediglich ein Verhältniß

---

1) A. a. O. S. 99 ff.

2) Handbuch I. S. 40. not. 7.

zwischen dem besondern Willen einer Person und dem allgemeinen Willen begründet. Daß nun aber Luden allen übrigen Begründungen der Gerechtigkeitstheorie eben die Forderung des gleichen Maßes zwischen Verbrechen und Strafe wiederholt zum Vorwurf macht [1]), ist um so auffallender, als nicht nur sicherlich Niemand die Gerechtigkeit ohne diese Forderung sich zu denken vermag, vielmehr darin gerade das Wesen derselben erkennt, sondern auch Luden selbst in der That ganz dasselbe thut, was er Andern zum Vorwurf macht, indem er eine Verbrechensskala und eine Strafskala fordert und verlangt, daß dem schwersten Verbrechen die schwerste Strafe, dem leichtesten die leichteste folgen soll [2]). Hierin liegt nicht nur die Anerkennung, daß der Werth jedes bestimmten Verbrechens in einem entsprechenden Strafwerthe ausgedrückt werden müsse, sondern es ist auch klar gesagt, daß jedes Verbrechen ein gewisses Maß von Freiheitsentziehung (Strafe), jedenfalls das Minimum in der einen Reihe noch das Minimum in der andern verdiene. Da nun zugleich gefordert ist, daß die Werthe in beiden Reihen gleichmäßig steigen sollen, so haben wir hier offenbar nichts Anderes, als Hegels Wiedervergeltung nach dem Werthe, die Verletzung des Willens im Maße der von ihm ausgegangenen Verletzung. Wir haben sie nur hier ohne Begründung; versucht man aber die fehlenden Mittelglieder aus den angegebenen Prämissen herzustellen, so ist wiederum in der Sache kein Unterschied zu entdecken. Er sagt nämlich [3]): a) Aus der Gerechtigkeit folge das Recht für jeden, in gleichem Maße frei zu handeln, unter der Bedingung, daß er rechtlich handle.

1) A. a. O. I. S. 42. not. 10. 11.
2) A. a. O. I. S. 22. 23.
3) A. a. O. I. S. 7 ff.

b) Es wäre ein Widerspruch, wenn auch ein widerrechtlich Handelnder dieses Recht in gleicher Weise (d. h. in dem gleichen Maße) haben sollte. c) Mithin müsse das Recht, frei zu handeln, mehr oder weniger in dem Maße geschmälert werden, je nachdem einer mehr oder weniger durch Verbrechen eine solche Schmälerung verdiene, da er das volle Maß nur dann verdiene, wenn er rechtlich handle. Kommt aber somit dasselbe Resultat heraus, so war es kein glücklicher Gedanke, gerade den tiefen Gedanken Hegels über Bord zu werfen, daß der Verbrecher sich das Gesetz seiner Strafe selbst setze, wie denn überhaupt diese ganze Gerechtigkeitstheorie sich auf einem noch vielfach aus Kantischen Elementen gebauten Fundamente etwas schwankend ausnimmt und mit der gar zu leicht genommenen Identifikation von Sittlichkeit und Recht, die ebenso abstrakt ist, als der Kantische Dualismus, unsre Zeit kaum befriedigen dürfte.

§. 199.

In dieser objektiven Genugthuung liegt erst der reine Akt der Gerechtigkeit, deren Wesen es mit sich bringt, jedes Glied des Ganzen in seinen richtigen Grenzen anzuerkennen und festzuhalten, mithin auch zu negiren, soweit es über diese hinaus in fremde Sphären übergreift [1]). Es ist damit die Nichtigkeit des verbrecherischen Willens nur an diesem (durch die Aufhebung seines Seyns in dem Maße, als er eben verbrecherisch und hiemit ein Nichtiges ist), noch nicht für ihn, d. h. als seine Selbstbestimmung gesetzt. In dem Begriffe der Strafe liegt aber auch b) die Aufhebung des Verbrechens in der verbrecherischen Subjektivität, d. h. die Aufhebung der verbrecherischen Gesinnung. Sie muß hiernach auch die §. 160—164 angegebenen Mo-

1) Wirth Ethik II. S. 321.

mente an sich haben, d. h. sie muß die Absicht enthalten, von dem Verbrecher selbst und von Andern, in denen Geneigtheit zu ähnlichen Verbrechen obwaltet, als eine gerechte Züchtigung empfunden zu werden und dadurch Abschreckung und Besserung zu bewirken.

§. 200.

Sofern es aber c) der Staat ist, der Strafe gegen Verbrechen verhängt und im wesentlichen Unterschiede von den andern sittlichen Sphären, welche gleichfalls zur Wiederaufhebung des Unrechts berufen sind (§. 195. 196) — nur solche Subjekte als Verbrecher voraussetzt, bei denen einer allgemeinen Norm zufolge die Freiheit als dem Stadium der Erziehung entwachsen anzunehmen ist, so ergiebt sich als das Verhältniß der objektiven und subjektiven Seite der Strafe dies, daß die letztere innerhalb der ersteren gehalten bleiben muß. Der Staat darf daher zwar der Strafe keine der in ihrem Wesen liegenden subjektiven Intention entgegengesetzte Qualität geben. Allein umgekehrt darf er auch nicht diese subjektive Intention als die Hauptsache mit Zwang zu verwirklichen suchen [1]); mithin darf er sie nur als Moment an der objektiven Genugthuung setzen (s. §. 165). Gerade hierin liegt aber auch die subjektive Gerechtigkeit der Strafe. Indem nämlich der Staat den verbrecherischen Willen eben in dem Maße als nichtig setzt, in welchem er selbst sich als nichtig (als Negation des Vernunftwillens) gezeigt hat, so vollzieht er nicht nur die Forderung des abstrakten Rechts, sondern er sorgt auch dafür, daß dieses Recht zum Wohl des Verbrechers werde, daß ihm die Nichtigkeit seines verbrecherischen Willens als solche zum Bewußtsein komme

---

1) Denn „wie mag man einen Schergen oder Gerichtsdiener für einen Erzieher, ein Gefängniß für ein Gymnasium, oder Galgen, Rad und Pranger für Turnanstalten des Geistes ansehen?" Richter Philos. Strafrecht S. 142.

und daß hiernach in ihm selbst der Vernunftwille aus seiner Negation wiederhergestellt werde, womit die Abschreckung und Besserung von selbst gegeben sind. Dieses Bestreben ist aber gegenüber dem freien Subjekte nur in dem Maße gerecht, als es selbst in seiner Handlung seine Subjektivität entäußert hat. Nur so weit darf ihm vom Staate die Nichtigkeit seines Willens aufgewiesen werden. In dieser Beschränkung liegt daher die Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität zugleich insofern, als sie nur nach dem Gesetze behandelt wird, welches sie selbst aufgestellt hat.

Anm. — Auch solche, welche nicht in kindischem Eifer gegen die Lehre Hegels zu Felde ziehen, nehmen doch besonders an den Sätzen Anstoß: daß die Strafe Zwang gegen Zwang sei, und daß der Verbrecher nach dem von ihm selbst aufgestellten Gesetze behandelt werde [1]. In ersterem glaubt man nämlich zu finden, daß die Strafe selbst als ein Unrecht erscheine, welches dem Unrechte des Verbrechens entgegentrete, und Letzteres findet man des Staates unwürdig. Zunächst wird man doch aber wohl nicht dem Philosophen die Absurdität aufbürden wollen, als halte er wirklich die Strafe für ein Unrecht und verlange vom Staat, daß er das Gesetz der Unvernunft befolge. Dann würde man aber vielleicht besser daran gethan haben, sich selbst eines Mißverständnisses zu zeihen. In der That ist nun auch der erste Satz ganz unverfänglich und drückt nur den, sowohl von Abegg, als von Luden gleichfalls angenommenen Grundsatz der abstrakten Gerechtigkeit aus. Auch wird ihm wohl jene sonderbare Deutung nur um des zweiten willen gegeben. Allein, was diesen betrifft,

1) Luden Handbuch I. S. 41, der sich freilich hierin auf Abegg berufen darf.

so ist die Auslegung, die man ihm giebt, gegen Hegel um so ungerechter, als dieser an der Hauptstelle (§. 100), wie die Anwendung auf den Streit zwischen Kant und Beccaria zur Genüge zeigt, damit gar nichts Andres ausdrücken will, als was die Philosophen vor ihm in der Forderung aufstellten, daß der Verbrecher in die Strafe eingewilligt haben müsse. Indem der Staat den Verbrecher in dem Maße verletzt, in welchem dieser das Recht verletzte, thut er ihm keine blinde, willkührliche Gewalt an, sondern etwas, das der Verbrecher selbst als nothwendig und gerecht, als sein Recht anerkennen muß; denn, obgleich es hiezu keines vorherigen Versprechens, sich strafen zu lassen, bedarf, so liegt ja vielmehr die Einwilligung in die Strafe und ihr Maß in der Handlung des Verbrechers selbst, sofern dieser als potentiell Vernünftiger ja selbst die Nichtigkeit seiner Handlung und die Nothwendigkeit ihrer Nichtigsetzung durch den Staat einsehen muß, mithin, wenn er sich gleichwohl zu der Handlung entschließt, deren Folge selbst hervorruft, d. h. das Gesetz, worunter er zu subsumiren ist, als ein von ihm selbst gesetztes, von seiner eigenen Vernunft gutgeheißenes anzuerkennen hat. Dies will Hegel[1]) sagen und sagt es auch in solcher Weise, daß das Mißverständniß schwer zu begreifen ist; denn, was Abegg (Lb. S. 73 ob.) gleich nach der Entgegnung gegen Hegel ausführt, ist ganz das eben Gesagte. Mit viel größerem Rechte wäre diesem vorzuwerfen gewesen, daß diese Anticipation der subjektiven

---

1) Vgl. Rechtsphilos. §. 220. und S. 195. Darum heißt es auch, darin werde der Verbrecher als ein Vernünftiger geehrt, daß nur sein eigenes Gesetz an ihm vollzogen werde. Kant sagt aber dasselbe, wenn er will, daß der Verbrecher nicht als Mittel behandelt werde.

Gerechtigkeit der Strafe in der Lehre vom abstrakten Rechte gar nicht an ihrer Stelle, und selbst im §. 220 nicht durch die nothwendigen Mittelglieder gerechtfertigt sei [1]). Das thut jedoch der Wahrheit des Satzes keinen Eintrag, wie denn derselbe in seinem richtigen Sinne auch von Abegg anerkannt wird. Nur wird er von ihm, wie von Hegel selbst, nicht in seinem ganzen Gehalte benützt, der ihm vielmehr nur dann abzugewinnen ist, wenn er mit der, freilich bei der abstrakten Substantialität des Hegel'schen Systems nicht sonderlich beliebten, Forderung der strengen und aufrichtigen Anerkennung des Rechts der freien Subjektivität in Verbindung gesetzt wird. Eben diesen Gesichtspunkt suchen nun die vorstehenden Paragraphen hervorzuheben.

Der Verbrecher setzt sich seine Strafe selbst. Darin liegt nicht nur das eben Angegebene, daß sie ihn nicht als ein fremdes, eine äußere Gewalt trifft, sondern, was auch Hegel mit tiefer Wahrheit hervorhebt, zugleich, daß sie eine Forderung seines eigenen besseren Ichs und somit ihre Vollziehung eine Wohlthat für den Verbrecher, nämlich die Wiederherstellung seines eigenen Vernunftwillens aus der Unvernunft ist [2]). Letzteres ist auch von Andern aufgefaßt, nur freilich oft in unklare und mystische Formeln gehüllt [3]). Man hat sich dabei gerade die Hauptsache, nämlich das Verhältniß dieses subjektiven Moments der Strafe zu ihrem objektiven, nicht klar gemacht. Ersteres führt, selbständig geltend gemacht, unfehlbar zur Besserungstheorie und hebt folgerichtig das der objektiven Wiedervergeltung geradezu auf

1) S. G. Julius in der zu §. 197 angef. Recension.
2) Vgl. Richter Philos. Strafr. S. 139—141.
3) Henke I. §. 2. 3. vgl. Oersted Grundregeln S. 35—38. — Duc de Broglie Revue française 1828. Sept. p. 13 ff.

(s. §. 165). Zwar hat Oersted nicht Recht, wenn er meint, das Wiedererwachen des besseren Princips im Verbrecher bedinge nicht die Abbüßung durch die Strafe; wohl aber hat er Recht, wenn er sagt, daß die Strafe nicht unmittelbar das Mittel seyn könne, um jene Umkehr des Verbrechers zur Vernunft zu bewirken. Daß denn auch die Koordination beider Forderungen, der objektiven Genugthuung und der subjektiven Wirkung der Strafe nichts taugt, zeigt am besten das Vage und Schwankende derjenigen Theorieen, welche sie aufstellen, und welche den Widerspruch zwischen den praktischen Resultaten ihrer verschiedenen Principien durch volltönende geschichts-philosophische Allgemeinheiten nur oberflächlich zuzudecken vermögen. Ohne allen Zweifel gehört zum sittlichen Begriffe der Strafe mehr, als ihre abstrakte Gerechtigkeit, nämlich auch die Tilgung der Schuld; aber das Wesentliche ist nun eben die Frage nach der Vermittlung dieser beiden Elemente. Diese muß eine verschiedene seyn, je nach der Verschiedenheit der sittlichen Sphäre, welche strafend auftritt. So gewiß nun aber Familie, Kirche und Schule, welche es mit der gesammten Persönlichkeit des Menschen zu thun haben, das subjektive Element der Strafe zu ihrem Princip machen, d. h. die Strafe als Mittel der Erziehung verwenden müssen, ebenso gewiß muß beim Staate, der das Verbrechen des Mündigen zu strafen hat, gerade das Umgekehrte eintreten. Zwar darf er nun die zum Wesen der sittlichen Strafe gehörige subjektive Intention derselben niemals verläugnen, sondern muß im Gegentheil möglichst dafür sorgen, daß sie mittelst der objektiven Genugthuung bewirkt werde. Aber zum Princip darf er sie nicht machen wollen [4]) vielmehr hat er ihr Wirklichwerden zunächst

2) Richter S. 141. 142. 171–174.

der subjektiven Freiheit des Verbrechers anheimzustellen, der sich denn, je nachdem er verstockter oder empfänglicher ist, durch die Strafe abschrecken, zur Besserung bewegen, oder auch subjektiv nicht angreifen lassen kann. Diese speciellen subjektiven Tendenzen kann der Staat so wenig, als die in der objektiven Genugthuung an und für sich liegende, den Verbrecher zum Bewußtsein der Richtigkeit seines verbrecherischen Willens zu bringen, erzwingen wollen, ausgenommen dann, wenn das Verbrechen von solcher Tiefe ist, daß die Nothwendigkeit der Abschreckung und Besserung mittelst vormundschaftlicher Einwirkung von Seiten des Staats als integrirendes Moment an dem Princip der objektiven Genugthuung selbst hervortritt (§. 206). Eben dadurch ist er gegen den Verbrecher gerecht und ehrt ihn als einen potentiell Vernünftigen, was hiemit noch einen tieferen Sinn erhält, als bei Hegel, der die subjektive Freiheit überall so gern mit dem spinozistischen Wissen der Nothwendigkeit abfindet. — Gerade diese Anerkennung der subjektiven Freiheit muß nun aber besonders hervorgehoben werden, weil nur hiedurch die Strafe auch subjektiv gerecht wird. Hier ist wieder einer der Punkte, in welchem sich die Abstraktheit des objektiven Idealismus zeigt. Solche erscheint zwar bei Hegel schon wieder sehr gemildert; dagegen findet sie sich in ihrer ganzen Schroffheit bei denjenigen, welche es sich zum Geschäfte gemacht haben, jene Abstraktion gerade zum Extrem auszubilden, d. h. den Menschen ganz und vollkommen als bloße Accidenz zu setzen und daher in der Strafe eben nur das erste Moment der objektiven Genugthuung (der Neutralisation des verbrecherischen Akts durch die Majestät des Staats, und der damit bewirkten Wiederherstellung der Gesundheit des Staatsorga-

nismus) [1]) anzuerkennen, welcher einfache Gedanke dann bei solchen, welche der Philosophie eine religiöse Appretur geben zu müssen glaubten, in den mystischen Ausdruck übersetzt wird, daß der Staat, als das Mittelreich zwischen dem Reiche der Natur und dem Reiche Gottes und durch den Sündenfall nothwendig gewordenes Abbild und Organ des letzteren, seine nothwendige Ordnung gegen alle Verletzungen wiederherstellen und dies durch Bewältigung des Verbrechers mittelst physischen Leidens ausführen müsse [2]).

2) Die Strafzwecke.

§. 201.

Die Zwecke der Strafe können nichts Anderes seyn, als die in der Kategorie des Sollens gesetzten Momente ihres Begriffs. Würde sie nämlich auf einen außerhalb dieses liegenden Zweck bezogen, so wäre damit eine Verneinung ihrer begriffsmäßigen Nothwendigkeit, hiemit aber die Aufhebung ihres sittlichen Charakters und ihre Selbstlosigkeit gegen jedes beliebige fremde Princip gesetzt. Als wesentliche Momente der Strafe haben sich aber ergeben a) die objektive Wiederherstellung des Rechts, b) die Aufhebung der subjektiven Geneigtheit zum Verbrechen, c) die Beziehung auf den Staat.

Anm. — Mit gutem Recht haben Henke, Jarcke, Abegg [3]) u. A. ausgesprochen, daß die von den sog. relativen Theorieen aufgestellten Strafzwecke nur Modalitäten der zuvor als gerecht nachgewiesenen Strafe

1) Vgl. Wagner System der Idealphilosophie. S. 136 ff.

2) Stahl Rechtsphil. II. 2 S. 81 ff. S. 363 ff. Jarcke Lb. I. S. 240 ff. Göschel zerstreute Blätter. I. S. 468 ff. Link das Naturrecht unsrer Zeit.

3) Henke I. §. 4. Jarcke I. S. 246 ff. Abegg Strafrechtstheorieen. S. 53—73.

seyn dürfen, wie sie sich auch geschichtlich allerdings als nie ausbleibende Konsequenzen einer vernünftigen Strafrechtspflege gezeigt haben. Allein damit ist der organischen Entwickelung des Begriffs noch so wenig genügt, als mit der offen dargelegten Geringschätzung, womit Hegel[1] jene Strafzwecke behandelt. Denn, so lange dieselben der Strafe nur nebenher angehängt und sozusagen auch so mit drein gegeben werden, so bleibt deren sittlicher Charakter immer noch relativ beeinträchtigt und die Strafe wenigstens theilweise zum selbstlosen Mittel herabgewürdigt. Vielmehr müssen, wozu Abegg allerdings Andeutungen giebt, die Zwecke der Strafe als Momente ihres Begriffs nachgewiesen und lediglich aus diesem, schlechthin aber nicht mehr von außen her bestimmt werden, was denn freilich eine konkretere Bestimmung dieses Begriffs, als sie sich auch bei Abegg findet, voraussetzt[2]). Denn der wesentliche Unterschied der sog. absoluten Theorie von der relativen beruht nicht sowohl darin, daß jene die Strafe für an und für sich selbst gerecht, letztere dagegen nur für zweckmäßig (relativ nothwendig) erklärt, sondern in den Gründen, woraus diese Behauptungen nur als Konsequenzen fließen. Diese Gründe sind aber nur die letzten Fundamente der objektiv-idealistischen Anschauungsweise auf der einen, und der subjektiv-idealistischen auf der andern Seite, indem die eine den substantiellen Geist, die andre das Ich als das Prius setzt, daher die erstere alle sittliche Nothwendigkeit als auf sich selbst beruhend aufweisen muß, während letztere dieselbe immer endlich auf das Interesse

1) Rechtsphilosophie. S. 133—135.

2) Am vollständigsten, nur ohne die gehörige dialektische Begründung, finden sich die Momente bei Henke zusammengestellt.

des Ichs zu beziehen und als dessen Produkt darzustellen die Aufgabe hat. Offenbar kann aber der Staat der ersten Ansicht nicht zugleich der Staat der andern seyn, mithin auch nicht neben der absoluten Nothwendigkeit der Strafe her noch Zwecke derselben anerkennen, die ihr Princip außer deren Begriff in den Zwecken des um des Ichs willen seienden Staates haben [1]).

§. 202.

a) Der erste und vorzüglichste Zweck der Strafe ist die objektive Wiederherstellung des Rechts aus seiner Negation, welche Wiederherstellung aber nur dadurch vollzogen wird, daß die Negation eben da, wo sie allein positive Existenz hat, am Willen des Verbrechers aufgehoben wird. Denn weder trifft die Substanz des Rechts selbst eine wirkliche Verletzung, noch kann es sich hier um die Wiederherstellung des verletzten Einzelrechts (für welche der Entschädigungszwang zur Seite geht), und noch viel weniger um eine Genugthuung für das Rechtsgefühl des Verletzten oder Anderer handeln, da einerseits die Kränkung dieses Rechtsgefühls nur eine zufällige Wirkung des Verbrechens, andrerseits für den Vernunftwillen Aller das Verbrechen ein in sich Nichtiges ist, durch dessen objektive Wiederaufhebung mithin dieses Rechtsgefühl vollständig befriedigt wird [2]). Das existirende Uebel ist eben nur der unvernünftige Wille des Verbrechers, soweit er unvernünftig ist. Durch die Setzung seiner Nichtigkeit wird daher dem Anspruch des vernünftigen Allgemein = Willens auf absolute Geltung auf angemessene Weise genug gethan [3]).

Anm. — Da auch die Forderung der abstrakten

---

1) Vgl. die etwas schwankend gehaltene Ausführung bei Richter S. 171—174. 176—180.

2) Hegel §. 99.

3) Wirth Ethik II. S. 320.

Gerechtigkeit als Zweck gesetzt werden kann, so ist es natürlich, daß auch das Specifische der sog. absoluten Theorie auf dem Fundamente der relativen nicht selten angetroffen wird. Schon Grotius [1]) hat beide Gesichtspunkte vereinigt und eben damit ein viel vollständigeres Gesammtbild der Strafe geliefert, als seine sämmtlichen Nachfolger, nur freilich noch auf eine keineswegs philosophisch vermittelte Weise, daher bei ihm moralische und rechtliche Wiedervergeltung, Entschädigung und Strafe, absolute und relative Nothwendigkeit der letzteren noch friedlich in einander laufen, die Wiedervergeltung selbst aber noch ganz in der naiven Form des malum passionis ob malum actionis, d. h. auf dem Standpunkte der Privatrache [2]) vorkommt. — Aber auch später findet sich nicht selten die objektive Genugthuung in verschiedenen Modifikationen als Strafzweck in der Weise der relativen Theorieen aufgestellt. Indessen fehlen diese Theorieen sämmtlich darin, daß sie den zu vergütenden Schaden da suchen, wo er nicht zu finden ist, und infolge davon bald ganz in die Abschreckungstheorie hinüber irren, wie Klein und Schneider [3]), bald dem staatsrechtlichen Standpunkte den schlechthin unangemessenen privatrechtlichen unterschieben, wie Welcker. Erstre nämlich suchen den Schaden in dem durch den Vortheil aus dem Verbrechen bei andern Bürgern erzeugten Reize zur Nachahmung, was sie, ganz abgesehen von der unbegreiflichen Verbindung der hierauf gegründeten

---

1) De jure belli II. 20. Vgl. Michaelis, Mos. Recht §. 242. Schulze, Leitfaden S. 335.

2) *Winssinger* de talione. *Frey* de prim. jur. crim. *Trip* de similitudine inter delicta eorumque poenas.

3) Klein, Grundsätze des peinl. Rechtes. §. 6 ff. Schneider, Noch einige Worte über das Princip des Strafrechts.

Genugthuungsforderung mit der Forderung einer Abschreckungsstrafe, an und für sich selbst schon so sehr zu bloß nominellen Vertheidigern der objektiven Genugthuung macht, daß sie vielmehr mit dem Schwerpunkte ihrer Theorieen ganz in die Klasse der Präventionisten fallen [1]). Viel tiefsinniger ist die Auffassung von Welcker [2]), der deshalb auch, wiewohl mit Unrecht, von Abegg und Jarcke sogar schon den Bekennern der reinen Gerechtigkeitstheorie zugezählt wird. Letzterem widerspricht nämlich nicht allein seine Grundansicht über die Natur des Rechts und Staats, die, obwohl vielfach an die neue Spekulation anklingend, doch ihre Wurzeln ganz im subjektiven Idealismus hat [3]), sondern es kann auch insbesondre die Nachweisung des durch die Strafe zu tilgenden Schadens nicht für richtig gehalten werden, obgleich der von Welcker ausgesprochene Gedanke des intellektuellen Schadens den Uebergang zu der allein richtigen Ansicht bildet. Schon der Begriff des Schadens überhaupt ist ein mangelhafter, da er das civilrechtliche Princip der Entschädigung in ein Gebiet hinein kontinuirt, in welchem die Wiederaufhebung des Rechts sich qualitativ anders bestimmen muß. Sodann aber ist es der Grundfehler dieser Ansicht, daß sie das Recht seiner Substanz nach für verletzbar hält. Ja, als ob sie fühlte, daß sie damit die Sache nicht treffe, so weist sie noch eine Reihe von Objekten der Beschädigung auf, die, das einzige Moment der vom Verbrecher bewiesenen Unvernunft ausgenommen, sammt und sonders an und für sich indifferente Dinge und in keinem Falle geeignet

1) S. Feuerbach über d. Strafe als Sicherung. S. 160 ff. Welcker, Letzte Gründe S. 241–249. Henke I. §. 22.

2) A. a. O. S. 249 ff. vgl. *Cropp* de praec. j. rom. circa pun. conatum I. S. 11–19. Roßhirt L.B. §. 8.

3) A. a. O. S. 71–109.

sind, die Nothwendigkeit der Wiederaufhebung des vermeintlich erzeugten Schadens zu begründen [1]). Denn, wenn es auch wahr ist, daß infolge des Verbrechens Mißtrauen der Bürger gegen den Verbrecher, Zweifel an der Macht des Rechts, und Reiz zur Nachahmung, desgleichen im Verletzten Rachlust und Nichtachtung des Gesetzes entstehen kann, so sind doch alle diese Folgen weder nothwendig, noch allgemein, und wenn sie entstehen, so sind sie selbst Aeußerungen eines unvernünftigen Willens, der mithin vernünftiger Weise keine Genugthuung verlangen kann. Vielmehr, wenn der Verletzte und wenn die Uebrigen ihre Vernunft sprechen lassen, so müssen sie selbst die innere Nichtigkeit des Verbrechens erkennen, und folglich fließt ihr besondres Interesse ganz mit dem allgemeinen Interesse zusammen, das in der Setzung jener inneren Nichtigkeit, als einer lediglich durch das Verbrechen selbst erzeugten Nothwendigkeit, seine adäquate Befriedigung findet.

§. 203.

b) Zugleich hat die Strafe den Zweck, den Grund des Verbrechens in der Subjektivität aufzuheben; sie hat hiernach die Intention, von dem Schuldigen als gerechte Züchtigung erkannt zu werden und infolge davon zu seiner Abschreckung und zu seiner Besserung zu dienen. Mit dieser Intention in Beziehung auf den Schuldigen verbindet sich aber vom Standpunkte des Staats aus die weitere, durch Ankündigung und Vollziehung des Strafgesetzes in gleicher

1) Richter Philos. Straf.-R. S. 146—148. Ungenügend sind dagegen die Kritiken von Henke I. §. 22 u. Oersted Grundregeln S. 82—97. S. Wächter I. S. 51. 52. Indessen hat doch Oersted darin Recht, wenn er zeigt, daß Welcker auf dem Fundament des subjektiven Idealismus stehe und dessen Forderungen nicht Genüge leiste.

Weise auf die Subjektivität der Uebrigen zu wirken, falls in diesen das gleiche negativ-sittliche Ferment obwalten sollte.

Anm. — Von den Intentionen der Strafe in Beziehung auf die Subjektivität des Verbrechers selbst ist schon oben (§. 160—163) die Rede gewesen und gezeigt worden, daß in dieser Hinsicht die betr. relativen Theorieen auf einem an sich ganz wahren, moralischen Fundamente beruhen. Ueber dieses Fundament gehen sie jedoch weit hinaus, und dieser ihr weiterer Inhalt wird erst beim folgenden Paragraphen seine richtige Stellung finden. Nur so viel ist hier schon zu bemerken, daß die gedachte moralische Rechtfertigung, die oben nur für die Specialprävention zunächst nachgewiesen werden konnte, von dem Standpunkte des Staats aus auch für die Generalpräventionstheorieen durchaus Geltung hat, sofern der Staat als Verwalter der Strafrechtspflege, die eine objektiv allgemeine Anstalt ist, nicht nur den einzelnen Schuldigen sich gegenüber hat, sondern sämmtliche Staatsbürger als mögliche Schuldige, für die er daher, unter Voraussetzung der gleichen Bedingung (d. h. der Geneigtheit zu Verbrechen), mittelst Androhung und Vollziehung der Strafe das gleiche Gegengewicht gegen das obwaltende negativ-sittliche Ferment behufs der Abschreckung und Besserung — freilich nur innerhalb derselben Grenzen, wie gegenüber dem Schuldigen selbst, — zu setzen das Recht hat.

§. 204.

c) Diese objektiven und subjektiven Zwecke hat jedoch die Strafe, als Ausdruck der vindikativen Gerechtigkeit gegen wirkliche Verbrechen, nur in Beziehung auf den Staat, d. h. nur da, wo sich der substantielle Wille gegen den für sich freien Willen des mündigen Subjekts im Gegensatze befindet, während der Gegensatz des allgemeinen Willens gegen den nur potentiell freien Willen des Subjekts eine andre

Form der Strafgerechtigkeit und ein verschiedenes Organ ihrer Ausübung bedingt. Die vindikative Strafe hat daher den specifischen Zweck, das Recht als Fundament des Staats in seinem absoluten Seyn zu bestätigen, d. h. dasselbe nicht allein als eine an und für sich seiende Nothwendigkeit, sondern auch als eine Sache des allgemeinen Wohls zu verwirklichen.

Anm. — Hiemit erst, mit dem Gedanken des allgemeinen Wohls, als des mit dem Rechte Identischen, ist die spekulative Rechtfertigung der sog. relativen Theorieen nach ihrer politischen Seite hin ausgesprochen, ein Recht, das ihnen von allen bisherigen Vertretern des objektiven Idealismus noch nicht zu Theil geworden ist, aus dem einfachen Grunde, weil eben die bisherige Orthodoxie dieses Standpunkts noch nicht zu der Einsicht gelangt ist, daß in der Abstraktheit der Substantialität des Staats ihr Mangel liegt und daß dieser Mangel nur durch eine aufrichtige Durchführung des, bei Hegel kümmerlich bedachten, und in den Philosophemen der Schellingischen älteren und neueren Schule so gut als ganz ignorirten, Princips der freien Subjektivität, hiemit des persönlichen Wohls verbessert werden kann. Damit eben hängt das oben zu §. 201 Bemerkte zusammen, daß die bisherigen spekulativen Gerechtigkeitstheorieen zwar wohl relative Gerechtigkeit gegen die relativen ausübt, keineswegs sie aber wirklich als Momente im systematischen Organismus aufgezeigt haben.

Sämmtliche relativen Theorieen läugnen die Absolutheit und Substantialität des Rechts und Staats, und machen vielmehr das Reich der objektiven Sittlichkeit zu einem Produkt des Ichs um seines Wohls willen. Dazu gelangen sie freilich von sehr verschiedenen Standpunkten aus, die, wenn es sich um eine Geschichte der Strafrechtsphilosophie handelt, ebensowohl auseinander zu halten sind, als dies mit den gewöhnlich ebenso bedachtlos zusammengewürfelten sog. absoluten Theorieen zu geschehen hat. So wird es z. B. keinem Einsichtigen entgehen, daß Hobbes eine ganz andere Ansicht vom Staat hat, als Schulze und Martin, obgleich die Strafe für sie gleichmäßig nur die Bedeutung eines Mittels zur Selbsterhaltung des Staats hat. Desgleichen konstruiren die französischen Materialisten ohne Zweifel das nothwendige Uebel des Staats auf eine ganz andre Weise, als die Schule des subjektiven Idealismus in Deutschland, obgleich in den Resultaten für das Princip des Strafrechts vielfach die innigste Verwandtschaft zwischen beiden auftaucht. Indessen ist an dieser Stelle von jenen tieferen principiellen Unterschieden abzusehen und nur jene angeführte Grundansicht, die ihnen allen gemeinsam ist, aufzufassen. In dieser liegt nun eine tiefe Wahrheit, welche in der praktischen Entwicklung des modernen

Staats ihre gerechte Anerkennung zu finden längst angefangen hat, daß nämlich das objektiv Sittliche, wie alles Sittliche, durch Freie und für Freie gesetzt, mithin das Individuum nicht nur Accidenz an der Substanz des Staats, sondern freies Organ seines Geistes seyn müsse. Das Recht muß auch um des Menschen willen, für sein Wohl da seyn, und diese Qualität muß eine wesentliche Potenz im Staate bilden. Wie aber dieses Wohl der freien Persönlichkeit Grund des Staats ist, so muß es sich auch in adäquaten Staatszwecken anerkannt finden. Von dieser durch sämmtliche Staatsfunktionen sich kontinuirenden Forderung kann aber am wenigsten die Strafrechtspflege ausgenommen seyn, welche die freie Person nicht nur in der Sphäre ihrer äußerlich vermittelten Existenz in den Sachen, sondern in ihrem Innersten, im freien Willen selbst ergreift und daher doppelten Grund hat, die Abstraktion des formellen Rechts durch die Anerkennung der Zwecke des Wohls zu ergänzen. Dieses Bewußtsein geht durch alle relativen Theorieen und macht ihre Wahrheit aus, die nur deshalb wieder in Unwahrheit umschlägt, weil ein bloßes Moment der Sache zur Totalität aufgeschraubt ist. Sieht man aber hievon ab, so wird man in allen jenen Ausführungen Elemente entdecken können, welche in dem vollen Bilde der Strafe nicht fehlen dürfen. Auch hier rechtfertigt es jedoch der nächste Zweck, nur auf die hauptsächlichsten einzugehen und die untergeordneten Spielarten der geschichtlichen Darstellung zu überlassen.

Die beiden konstituirenden Potenzen der Philosophie der Sittlichkeit, die substantielle Allgemeinheit und die freie Besonderheit des Willens, wie sie im Alterthum an *Plato* und *Aristoteles* ihre Organe gehabt hatten, fanden beim Wiedererwachen der Philosophie ihre Vertreter an *Spinoza* und *Leibnitz*, in der Weise, daß beide einander ergänzten, keiner den Andern schlechthin ausschloß, beide aber die Einheit, deren Momente sie einseitig hervorhoben, nur als großartige Voraussetzung zur Grundlage hatten, welche dialektisch zu entwickeln und zu beweisen, die Sache andrer gleichzeitigen und späteren Denker war. Wenn gleich der Letztere mehr, als der Erstere, unmittelbar auf andre Systeme Einfluß ausübte, so ist doch von dem Kern der Ansichten beider zu behaupten, daß er Jahrhunderte lang unverstanden blieb, und vielmehr erst dann ein prophetisches Räthsel zu seyn aufhörte, als die dialektische Entwicklung der Momente, welche sie in Einheit geschaut hatten, für das Bewußtsein durchgeführt worden war. Obgleich sich also die mit *Grotius* beginnende Schöpfung der Rechtsphilosophie als einer in sich gegründeten Wissenschaft mannigfach an *Leibnitz* anlehnte, so sind ihre Tendenzen doch ganz andere, wobei von jenen Heroen des Gedankens abzusehen ist. Nur insofern steht der Anfang jener Rechtsphilosophie in Verwandtschaft mit dem Stand-

punkte jener universellen Geister, als auch sie den Gegensatz von Seyn und Denken nicht anerkennt, sondern von der noch unvermittelten Voraussetzung ihrer Einheit ausgeht, daher die Vernunft nicht als konstitutives, sondern nur als regulatives Princip in Recht und Moral auffaßt. Freilich darf man aber über ihrem unerquicklichen Formalismus und ihrer spekulativen Dürftigkeit, die sich mit Wolff ganz und gar in den Sand des flachsten Raisonnements verlor, nicht vergessen, daß jene Erfinder des Naturrechts die Aufgabe hatten, für die Philosophie in diesem Gebiete erst den Platz zu erobern, den Boden zu ebnen, und ihrer Existenz überhaupt Anerkennung zu verschaffen [1]). Gerade ihre spekulative Unreife macht aber allerdings, daß ihren Grundlegungen für das Strafrecht alle energische Bestimmtheit und alles tiefere Interesse fehlt. Mit allen ihren formalistischen Unterscheidungen zwischen Recht und Moral haben sie es doch noch nicht einmal dahin gebracht, die Ansprüche beider hinsichtlich der Konstruktion des Strafrechts entschieden auseinanderzusetzen. Denn, wie schon bei Grotius der Glaube an die absolute Gerechtigkeit der Strafe mit der Tendenz, sie auf verschiedene Zwecke zu beziehen, Hand in Hand geht, so sind noch aus der Wolffischen Philosophie moralische Vergeltungstheorieen neben verschiedenen Sorten von relativen Theorieen hervorgegangen, und das Bezeichnende für diese Theorieen liegt nur in der gemeinsamen dürftigen Auffassung des Staats als eines zwar continuo ratiocinationis filo zu Erklärenden, das aber doch letztlich als ein empirisch Gegebenes vorausgesetzt wird [2]). Neben der spekulativen Halbheit bezeichnet denn diese Theorieen auch ihre politische Unmündigkeit, die gerade damit wesentlich zusammenhängt, daß sie die Sache selbst als ein Gegebenes hinnahmen und dafür nur bald aus dem göttlichen Willen, wie er in der Vernunft offenbart sei, bald aus diesem oder jenem Grundtriebe der menschlichen Natur eine vernunftgemäße Begründung suchten, wobei denn freilich zwar ein sehr verdienstliches Vorposten-Gefecht gegen allerlei besondere Mißbräuche im positiven Rechte nicht ausbleiben, von einer weltbewegenden Gedankenentwicklung aber niemals die Rede seyn konnte. Daher finden sich auch in jener naturrechtlichen Schule die späteren Principien des Strafrechts ebensogut vorangedeutet, wie die Lehre vom Staatsvertrag, aber beides ohne den Nerv der Produktivität, als Interesse der Schule, nicht des Lebens. —

Eine spekulative Begründung des Rechts setzte den allgemeinen Bruch des Gedankens mit der Wirklichkeit voraus, an deren Seyn und Erkennbarkeit bisher nicht gezweifelt worden war. Dieser Bruch

---

1) Roßbach, Die Perioden der Rechtsphilosophie. S. 120—157.

2) Uebrigens hatte dieses Naturrecht große Ausbreitung, namentlich auch in Frankreich. Warnkönig in der krit. Ztschr. f. Rechtsw. d. Ausl. I. S. 273—276.

gab aber drei wesentlich verschiedene Richtungen der Philosophie das Dasein: dem englich-schottischen Idealismns und Skepticismus, welcher die Wirklichkeit dem Denken opferte, dem französischen Materialismus, der umgekehrt den Gedanken in das Seyn aufgehen ließ, und dem deutschen Kriticismus, der, den Gegensatz als solchen in's Auge fassend, auf die Hauptfrage losging, ob er bestehe und ob seine Glieder in Einheit zu bringen seien, oder nicht[1])? Von dem Resultate jener Kritik, welche gerade die praktische Vernunft in das Recht einsetzte, das der theoretischen aberkannt war, hob sofort die Periode der schöpferischen Philosophie an, welche freilich mit Fichte's subjektivem Idealismus ebenso nach der einen, wie mit dem objektiven Idealismus von Schelling und Hegel nach der andern Seite hin, nur in einer nenen Weise, extrem wurde und ihren Abschluß erst zu erwarten hat.

Alle diese Richtungen nun, mit Ausnahme des objektiven Idealismus, haben dem Rechte seine Substantialität abgesprochen und somit anch das Strafrecht auf andre Weise, als aus der Gerechtigkeit an und für sich begründen müssen. Spekulativ am dürftigsten, wenn auch in andrer Rücksicht sehr achtungswerth, erscheint nun wieder die erste der genannten Richtungen, die englisch-schottische Moral, sofern sie als letztes Princip der Ethik überhaupt das (moralische) Gefühl, d. h. dasjenige setzte, was am wenigsten geeignet ist, als Princip zu dienen. Diesem Mangel war auch nur scheinbar abgeholfen, wenn z. B. Wollaston die Wahrheit zum Kriterium von Recht und Unrecht machte, oder Klarke die Uebereinstimmung des Handelns mit dem objektiven Wesen der Dinge, da jene Wahrheit und dieses objektive Wesen vorausgesetzt wurden und das Kriterium dafür doch nur wieder das angeborene moralische Gefühl seyn sollte. Dem Rechte wird nun bald der Trieb des Wohlwollens, der zur Geselligkeit führe, bald dieser Trieb verbunden mit dem der Selbstliebe zur Unterlage gegeben, nur Hume geht bereits über die Grenze, indem er das Recht für ein sociales Produkt behufs des allgemeinen Nutzens erklärt, das nicht unmittelbar aus dem uninteressirten Triebe des Wohlwollens zu erklären sei. Gleichwohl hat der Staat nach ihm wesentlich denselben Gehalt, wie nach den Uebrigen. Er ist eine Anstalt zum Wohle des Menschen, und der Unterschied ist nur, daß dieses Wohl bei Hume bereits eine, dem französischen Materialismus sich zuneigende, Bestimmtheit hat, während die Andern es spiritueller nehmen. Allen gemeinsam ist aber die Forderung des Wohls, des eigenen und des fremden, mithin des gemeinsamen, welches aber insofern eine vage Bestimmung ist, als die konkrete Ausfüllung durch das moralische Gefühl gegeben werden muß, welches auch in der ihm von A. Smith gegebenen Bestimmtheit als

1) Roßbach a. a. O. S. 157–220.

allgemeines Selbstbewußtsein (leidenschaftslose Sympathie) von seiner subjektiven Unbestimmtheit und Zufälligkeit nicht loskommt. Rechte sind nach Hutcheson solche Maximen des Handelns, deren Verletzung, zur allgemeinen Regel erhoben, das menschliche Geschlecht unglücklich machen müßte. Noch bestimmter gründet Ferguson das Recht auf den Trieb der Selbsterhaltung und den der Geselligkeit, daher Vertheidigung seiner selbst und Andrer das ursprüngliche Zwangsrecht sei, und das Unrecht im Angriff auf die Persönlichkeit (die eigene oder die in Andern anerkannte Summe der Zwecke des Wohls) bestehe. Wenn nun nach allen jenen Theorieen der Staat nothwendig die Bestimmung haben muß, dem Unrecht als einer Störung des Einzelwohls und des Gemeinwohls entgegenzutreten, so ist doch wegen der Vagheit des Princips Alles Weitere unbestimmt. Es kann dieses Entgegentreten auf verschiedene Zwecke bezogen werden, je nachdem eben der vieldeutige Begriff des Wohls weiter oder enger, geistiger oder sinnlicher gefaßt wird. Indessen wird man annehmen dürfen, daß in der Konsequenz jener moralischen Systeme (wenn hier überall von Konsequenz die Rede seyn kann) ganz besonders der Besserungszweck liege, wenn gleich zunächst die Auffassung der Strafe als gerechte Wiedervergeltung als unausbleiblicher Ausfluß des moralischen Gefühls von ihnen zu erwarten ist. So wenig nun bei der ganzen Konstruktion dieser Systeme von einer Deduktion der Gerechtigkeit und der nothwendigen Zwecke der Strafe die Rede seyn kann, da vielmehr ihr ganzer spekulativer Werth sich eben nur auf den Ausgang vom subjektiven Bewußtsein (der aber in dieser Beschränktheit nothwendig zum Skepticismus führen mußte) reducirt, so enthalten sie doch, nur eben in der Form des unvermittelten Gefühls, den wahren Inhalt, dem sie mit dem ganzen Werthe der edlen Gesinnung, die sie trägt, zu einer nicht gering zu schätzenden Probe dienen.

Weit mehr spekulative Energie findet sich dagegen auf der andern Seite des Gegensatzes die sich in dem Materialismus ausgeprägt hat. Die Härte der Konsequenzen darf nicht von der Anerkennung der großartigen Kühnheit des Princips abhalten, die ihre Verwandtschaft mit Spinoza nicht verläugnet. Der Monismus des Bewußtseins bei den Spiritualisten, in seiner Beschränkung auf das endliche Bewußtsein und moralische Gefühl, erscheint kleinlich gegenüber dem entgegengesetzten Monismus des Seins, dem man den Geist zu opfern kein Bedenken trug. Sehr treffend sagt Feuerbach [1]: „Gerade in dieser Entleerung und Entäußerung des Geistes, in dieser excentrischen Materialität, in diesem transcendenten, man möchte sagen, fanatischen Empirismus des Denkens liegt das Interessante und historisch Bedeutsame

1) Gesch. der neueren Philosophie. S. 93.

der materialistischen Systeme." Uebereinstimmend sind sie nun alle darin, daß sie den Geist als selbständige Potenz läugnen und die Natur zu Allem in Allem machen, und der Unterschied besteht weiterhin nur in der mehr oder minder geistigen Auffassung der Natur. Mit dem schroffsten Mechanismus trat gleich zuerst Hobbes auf, bei dem die Geistverachtung recht eigentlich zum Princip gemacht und in seiner Politik das Streben offenbar das ist, den Staat zur selben Maschine zu machen, als welche er die Natur betrachtet. Darin klingt, wie oft bemerkt ist, der großartige Gedanke Spinoza's von der Aseität des Staates an, nur so freilich, daß der Staat des Hobbes mit der ganzen Rohheit und Geistlosigkeit seiner Natur behaftet bleibt und der darin herrschende allgemeine Wille nur die Quintessenz der darin absorbirten natürlichen, d. h. vernunftlosen und schrankenlosen Begierden der Einzelnen ist. Obgleich daher H. den Staat zu dem großen Leviathan macht, der alles natürliche Recht der Einzelnen vollkommen auffrißt und ihnen aus seiner schlechthin giltigen Willkühr ein neues setzt, so ist er doch von dem Gedanken einer wahren Aseität des Staates soweit entfernt, daß er es gerade ist, welcher zuerst denselben aus einem vorausgesetzten Naturzustande abzuleiten unternahm. Nur das empirische sinnliche Individuum ist Objekt seiner praktischen Philosophie, daher er den Willen nur unter der Form der natürlichen Begierde, das Gute nur unter der Form des Angenehmen und Nützlichen, überall aber kein an und für sich seiendes Sittliches kennt. So verächtlich nun jenes Individuum behandelt wird, wenn H. den Naturzustand als einen Krieg Aller gegen Alle schildert, als einen Zustand, aus dem man heraus müsse, und wenn er ferner in dem Status civilis alle Einzelwillen mit einem Federstrich auslöscht, um sofort nur die Willkühr des Herrschers noch gelten zu lassen, so findet sich doch in diesem Systeme die ungeheure Ironie, daß die Entstehung des gedachten Status civilis aus der vertragsmäßigen Uebereinkunft der Individuen hergeleitet wird. Obgleich nun diesem Vertrage die Bedeutung beigelegt wird, daß dadurch jeder Einzelne als solcher seine Persönlichkeit völlig hinopfre, um sie an die Eine Person des Staats zu übertragen, so besteht doch H. ausdrücklich darauf, daß der Staat nicht um seiner selbst, sondern um der Bürger willen gegründet sei, daß die Menschen sich freiwillig unter sein Joch begeben, um angenehm zu leben, und daß deshalb die Sorge für ihr Wohl die einzige und höchste Pflicht der Herrscher sei[1]). Er sucht nun zwar dieses Wohl nur in der möglichsten Fülle des sinnlich Angenehmen und deren ungestörtem Genusse; im Princip aber steht er jedem gleich, der den Staat als Anstalt für die Glückseligkeit des Individuums auffaßt, möge derselbe auch diese Glückseligkeit ebenso geistig

1) De cive XIII. 2—4.

bestimmen, als sie bei H. sinnlich bestimmt wird. Das Strafrecht erscheint nun als Haupthebel in seiner Staatsmaschine. Das gemeine Wohl setzt Frieden, der Friede Gesetze, und die Gesetze Strafdrohungen voraus, ohne welche sie leere Worte wären. Die Strafdrohungen haben den Zweck, die Unterthanen durch Furcht vor dem die Lust am Verbrechen überwiegenden Strafübel zu dem anzuhalten, was der Machthaber will. Die Strafe bezieht sich daher nicht auf das Vergangene, sondern auf die Zukunft; sie hat die (politische) Besserung des Verbrechers und die Abschreckung der Uebrigen zum Ziel. Sie zu bestimmen, sowie anzuordnen, was als Verbrechen gelten soll, steht allein dem Machthaber zu, der aus dem Staatsvertrag hiezu das volle Recht erlangt hat, so daß die Unterthanen in der Strafe nur das erfahren, was sie selbst gewollt haben. Die Richtschnur der Machthaber ist hier, wie in Allem, das gemeine Wohl, welches ihm die genaue Vollziehung bestimmter und ein kluges Maß bei der Vollziehung unbestimmter Strafgesetze vorschreibt. Nur gegen den Atheismus und das Majestätsverbrechen ist der Machthaber an keine Schranke gebunden; solche Verbrecher hat er nicht als Ungehorsame gegen den Staatsvertrag, sondern als Feinde nach Kriegsrecht zu behandeln [1]). — Schroffer, als irgendwo, ward mithin hier schon das Wesen der relativen Theorie ausgedrückt. Es soll nicht um der Gerechtigkeit, sondern nur um politischer Zwecke willen (der Erhaltung der allgemeinen Sicherheit, resp. der Selbsterhaltung des Staats) gestraft werden. Die Strafe soll nicht Vergeltung seyn, wie sie es denn auch in einem Systeme, das die Freiheit des Willens läugnet, nicht seyn konnte, sondern nur ein Gegengewicht gegen die sinnliche Lust am Verbrechen, um den Menschen von der Störung des allgemeinen Wohls abzuhalten. Die Strafe ist hier also nicht nur von allem rechtlichen, sondern auch von allem moralischen Inhalte (s. §. 160—165) entleert, und lediglich auf das Moment des äußeren gemeinsamen Wohls bezogen. — Daß nun Hobbes, von dem sinnlich empirischen Individuum ausgehend, den Naturzustand für einen bestialischen erklärt und der Heerde von Bestien gegenüber, als welche ihm die Menschen erschienen, den Staat als den allein giltigen, Recht und Unrecht erst schaffenden Willen proklamirt hatte, war das Tiefsinnigste an seinem System, obwohl gerade dieser fanatisch durchgeführte Despotismus mit der Ableitung des Staats aus einem Vertrage und seiner Bestimmung, eine Anstalt zum Wohl der Individuen zu seyn, sonderbar kontrastiren mußte. Es war daher nicht zu verwundern, wenn Andere, wie Locke, von demselben Standpunkt anhebend, einen Staat zu konstruiren suchten, dessen Typus seinem Zwecke, zum Besten der Individuen zu dienen, weniger Hohn spräche. Auch

1) Ib III. 11. XIII. 16. XIV.

war die Berechtigung dazu durchaus vorhanden, sobald der Wille in seiner Besonderheit zum Princip gesetzt war, und ein allgemeiner Wille erst durch die Uebereinkunft der besondern entstehen sollte. Denn es schien nun doch viel natürlicher, daß die Individuen sich einer beschränkten, als einer unbeschränkten Gewalt unterwerfen würden, und den fingirten Naturzustand nach Belieben anders auszumalen, als von Hobbes geschehen war, hinderte nichts. — In der Hauptsache blieb indessen der sofort besonders in Frankreich ausgebildete Materialismus sich konstant, darin nämlich: die ideelle Substantialität des Sittlichen zu verneinen, und vielmehr im Rechte, wie in der Moral, von dem Individuum, als einem bestimmten Gliede in der Reihe der Naturprodukte, auszugehen, dem sein Wohl das einzige und höchste Gesetz sei, und welches eben in dem Bestreben, dieses sein Wohl zu realisiren, auf die Anerkennung gewisser moralischen und rechtlichen Gesetze und insbesondere auf die vertragsmäßige Errichtung des Staats geführt werde [1]). Die Moralität war hiernach ebensosehr ein Produkt des egoistischen Interesses, das nur dann gesichert ist, wenn es mit dem allgemeinen Interesse zusammentrifft, als das rechtliche Zusammenleben, das lediglich aus der Nothwendigkeit, die angeborenen Bedürfnisse zu befriedigen, seinen Ursprung nimmt [2]). Dabei war es, wenn man den Menschen eben nur als Naturwesen auffaßte, das nur durch das Gesetz der Selbsterhaltung regiert werde, ganz konsequent, den Naturzustand weder mit Hobbes als einen Zustand des allgemeinen Kriegs, der ja das Bewußtsein des jedem inwohnenden schrankenlosen natürlichen Rechtes voraussetzte, noch als einen durch einen moralischen Geselligkeitstrieb regierten, vielmehr als einen Zustand völliger Pflichtlosigkeit und Isolirtheit, worin weder von Recht, noch von Unrecht die Rede seyn könne, vorzustellen. Denn, wenn das Recht nur im Vertrage sein Dasein erhalten sollte, so könnte es nicht schon dem Vertrage vorausgesetzt werden [3]). Im Uebrigen kam es nun darauf an, welchen Inhalt man der Natur des Menschen gab, da hiernach die Bedeutung des socialen Lebens und des Staats gegenüber dem Naturzustande eine verschiedene seyn mußte. Je materialistischer man erstere nahm, um so mehr mußten Kultur und Staat im Werthe steigen, während dieselben einem idealistisch aufgefaßten Naturzustande gegenüber die Bedeutung eines nothwendigen Uebels erhielten. Bei der Vieldeutigkeit des Princips des Wohls als eines Inbegriffs der mannigfaltigsten Interessen, von welchen man das eine oder das andere hervorheben konnte, ist es

1) S. *Helvetius* de l'esprit. *Holbach* Morale universelle. *St. Lambert* Catech. de la morale universelle.

2) *Destutt de Tracy* Idéologie.

3) *Volney* Catéchisme du citoyen.

denn auch nicht zu verwundern, wenn der gemeinsame Gedanke, daß der Staat ein Produkt des menschlichen Willens zum Besten des Menschen oder der menschlichen Gesellschaft sei, in den verschiedenartigsten Auffassungen sich geltend machte, und wenn Systeme, die auf dem gleichen Boden mit den materialistischen stehen, in der Ausführung einen völlig abweichenden Charakter annahmen, wie dies ganz besonders bei Montesquieu der Fall war. Hatte dieser die intelligente Seite der Menschennatur vorzüglich ins Auge gefaßt, so zwar, daß man, abgesehen von dem Dualismus seiner Weltanschauung und der darin ausgesprochenen spekulativen Halbheit, fast versucht ist, seine Anknüpfung an den Naturzustand nur für einen Nothbehelf zu nehmen, während der Geist seines Systems den Keim einer substantialistischen Anschauungsweise zu enthalten scheint, — so blieb Rousseau zwar ganz bei der schon von Hobbes vorgezeichneten Deduktion, jedoch mit dem Unterschiede, daß er den Menschen als nicht mehr blos natürlichen, sondern als intelligenten Willen dem Staate voraussetzte. So hoch ihn aber dies über die Rohheit des Hobbesischen Absolutismus stellt, so ist doch die principielle Grundlage dieselbe und sein System nur die ideellere Phase des Systems des englischen Philosophen. Denn der bei Montesquieu überall durchscheinende Gedanke eines über die Einzelnen übergreifenden, sie zu seinen Organen depotenzirenden, allgemeinen Geistes ist gerade das, was er schneidend verneint, da ihm vielmehr die Willkühr des Individuums das Prius ist und der Staat nur als Produkt seiner verständigen Reflexion und freien Wahl zu Stande kommt. So sehr nun auch Rousseau den auf so schwankender Grundlage erbauten Staat zu befestigen sucht, so konnte doch von einem Aufopfern der einzelnen Persönlichkeit an die Eine des Staats schlechthin nicht mehr die Rede seyn, vielmehr erhielt der Staat dem Individuum gegenüber die Bedeutung eines nothwendigen Uebels, eines Geschöpfs, das seinem Schöpfer nicht über den Kopf wachsen dürfe [1]). Zwar hatte Rousseau selbst (wie dies später bei Fichte gegenüber den Anhängern der kritischen Philosophie sich wiederholte) noch eine zu energische Vorstellung von der Bestimmung des Staates, als daß der staatsfeindliche Egoismus bei ihm schon hätte irgend bedeutenden Raum gewinnen können, wie denn auch seine kurzen Bemerkungen über das Strafrecht rigoros genug klingen und geradezu die Brücke von Hobbes zu Fichte bilden [2]); denn er spricht es offen aus, daß durch Verbrechen der Staatsvertrag gebrochen und der Handelnde rechtlos werde, daher ihn der Staat nach Kriegsrecht behandeln dürfe, obwohl es auch in seiner

---

1) Vergl. *B. Constant* Cours de polit. constitut. I. 1. S. 173—176. *Comte* Traité de législ. I. c. 11. 12. *Rossi* I. c. 11.

2) Contrat social. II. 5.

Macht liege, denselben zu erhalten, falls er ohne Gefahr für die öffentliche Sicherheit erhalten und noch irgendwie brauchbar verwendet werden könne, — allein der Keim des späteren, centrifugalen Liberalismus lag gerade darin, daß bei Rousseau der Mensch als intelligenter Wille zum Prius des Staats gemacht war. Denn dieser Gedanke führte nothwendig darauf, die Portion Freiheit, welche das Individuum abtreten mußte, um den Staatswillen zu bilden, immer kleiner und für die als Naturrecht vorausgesetzte Freiheit und Gleichheit immer weniger unbequem zu machen. In der That erhielt sich auch die Rechtsphilosophie der romanischen Nationen auf der Grundlage des bei Rousseau am genialsten durchgeführten Systems, wenn gleich wieder verschiedene Richtungen hervortraten, je nachdem Einige Montesquieu'sche Elemente einmischten, wie Filangieri, Andere den Staatsabsolutismus Rousseau's durch Zurückgehen auf Locke's Naturrecht zu temperiren suchten, wie wiederum Filangieri, Beccaria [1]), Romagnosi und noch neustens Carmignani, Andere endlich streng bei dem ethischen Princip der Encyklopädisten blieben und die moralischen Elemente Rousseau's wieder ausschieden, wie Bentham und seine französischen Jünger [2]). Zwar liegen diese Richtungen vielfach im Streite miteinander; aber der Streit dreht sich um untergeordnete Punkte, wie um die Denkbarkeit eines Naturzustands, und zwar eines isolirten, oder nur eines außerstaatlichen, oder darum, ob der Mensch schon vor dem Staatsvertrag ein gewisses Quantum von Recht gehabt habe, welcher Bruchtheil der natürlichen Freiheit zur Bildung des Staatswillens habe verwendet werden müssen, in welchem Verhältniß das Einzelwohl zum allgemeinen stehe, welcher Zweck hiernach beim Strafrecht vorwalten müsse, ob die Selbsterhaltung des Ganzen, ob die Sicherheit der Mehrheit, die Besserung des Einzelnen u. s. f.? Was sie alle gemeinsam haben, — und was bei Manchen nur deshalb minder in's Licht tritt, weil sie den strengen Gang der Spekulation durch allerlei moralische, religiöse und sonstige Flankenbewegungen unterbrechen, — ist die Verneinung des aus sich selbst seienden objektiv-sittlichen Geistes und seiner organisch-nothwendigen Entwicklung, in welcher allerdings das Recht nur als das Wohl des Individuums und nur durch dieses zur Existenz kommen kann, gleichwohl aber ein in sich Wesenhaftes und von der Willkühr des erscheinenden Willens Unabhängiges ist. Von dieser Erkenntniß sind sie bald durch eine materialistische, bald wenigstens durch eine dualistische Weltansicht ferngehalten, welche zwar den Ursprung der Rechtsidee in der (endlichen)

1) Ueber die Menge seiner Anhänger in Frankreich s. Böhmers Hdb. der Literat. S. 207—231 besonders vgl. *Bristot de Warville* Bibl. philosophique du législateur etc.

2) Warnkönig in der krit. Ztschr. f. Rechtswissenschaft des Ausl. I. S. 451. II. S. 283 ff. Mittermaier ebend. III. S. 455.

Vernunft anerkennt, sogar von einem unabänderlichen natürlichen (Privat-) Rechte spricht, aber gleichwohl den Staat daneben als ein Naturprodukt bestehen läßt, für welches jenes ursprüngliche Vernunftrecht nur das negative oder regulative Princip bilden soll [1]). Das spekulative Prius für Alle bildet die natürliche, schrankenlose Freiheit des Individuums, möge nun diese Freiheit schon als Recht gedacht werden, oder nicht; und der Staat entsteht nur durch eine theilweise Aufopferung dieser Freiheit behufs der gewisseren Erhaltung des Restes, möge nun diesem Staate ein wirklicher Naturzustand vorausgesetzt werden oder nicht, möge seine Entstehung einem Naturbedürfniß oder einem willkührlichen Entschlusse zugeschrieben, möge mehr Gewicht auf den Gesammt- oder den Einzelwillen gelegt werden. Immer erscheint der Staat und seine rechtlichen Institutionen nur als eine Sache des Wohls der Individuen, als eine Anstalt zu Beförderung ihrer Sicherheit und Glückseligkeit (in welche Funktionen sich Recht und Polizei zu theilen haben). Das Strafrecht hat ihnen daher sammt und sonders keine Nothwendigkeit in sich; das Verbrechen gilt ihnen nur als gefährliche Handlung, welche die gemeine Wohlfahrt bedroht und deshalb nicht zu dulden ist. Am unmittelbarsten spricht sich dies, als direkte Folgerung aus Rousseau's Principien, bei Beccaria aus, der zugleich entschieden die, von jenem abweichende, staatsfeindliche Richtung nimmt und eben deßhalb, weil jeder im Staatsvertrage nur den möglichst kleinsten Theil seiner natürlichen Freiheit habe opfern und insbesondre damit nicht über sein Leben disponiren können, gegen die Todesstrafe auftritt. Als Zweck der Strafe giebt er die Sicherung der Gesellschaft vor weiteren Uebelthaten desselben Verbrechers, und die Abschreckung der Uebrigen an. Die Gerechtigkeit ist ihm mit dem allgemeinen Wohle, und dieses mit dem aller Einzelnen oder wenigstens dem wohlverstandenen Interesse der Mehrheit identisch. Als Mittel hiezu sieht er die Strafe an, die nichts Anderes seyn soll, als ein wirksames Gegengewicht gegen die der Gesellschaft gefährliche Lust am Verbrechen, berechnet auf die sinnliche Natur des Menschen, welcher das größere Uebel der geringeren Lust vorzieht [2]). Das hier offen ausgesprochene Utilitätsprincip bleibt aber dasselbe auch bei den Uebrigen, die zugleich noch einen Rechtsgrund für die Strafe suchen und von einem dem Staat vorhergehenden Naturrechte, das sie freilich auf die verschiedenste Weise bestimmen, und das letztlich auf den Grundsatz der ursprünglichen Gleichheit hinausläuft, zu reden wissen, — ein Recht, das immer hypothetischer wird, je mehr die Ansicht sich durch-

---

1) Carmignani I. S. 36—96. III. S. 47 ff. vgl. *B. Constant* Komm. zu Filangieri I. S. 46 ff.

2) Dei delitti e delle pene cap. 2. 15. 38.

dringend erweist, daß die Natur den Menschen von Anfang an in den gesellschaftlichen Zustand gesetzt habe, womit denn der Begriff des gemeinen Wohls nothwendig das Uebergewicht über den des individuellen erhielt und folgeweise das natürliche Recht des Individuums, das als das Prius fingirt war, immer luftigerer Natur wurde, insbesondere wenn man das Hauptprincip, die Entstehung des Staats durch Vertrag, (wie von Carmignani [1]) geschieht) aufgab. Um so gewisser blieb aber in jenen romanischen Theorieen das Utilitätsprincip in seiner Macht, da selbst die beiden, am meisten einer substantiellen ethischen Ansicht zugeneigten Geister, Montesquieu und Viko dasselbe wenigstens zuließen, — übrigens nur aus demselben Grunde, aus welchem auch die tiefer denkenden italienischen Philosophen der Gegenwart dasselbe beibehalten zu müssen glauben [2]), weil ihnen die Idee der absoluten Sittlichkeit in der Form der Subjektivität aufgeht und mithin der Begriff ihrer adäquaten Objektivirung in der Welt des Rechts und Staates fehlt, was freilich mit dem Dualismus der gesammten Weltanschauung zusammenhängt, die den Katholicismus nicht verläugnen will oder kann. So tritt denn insbesondre das Utilitätsprincip auch bei Filangieri auf, obgleich er einerseits Montesquieu'sche Gedanken entlehnt und andrerseits ein außergesellschaftliches Recht annimmt. Zwar verwirft er den Naturzustand, falls der Mensch isolirt vorgestellt werde, wohl aber nimmt er einen gesellschaftlichen Naturzustand an, aus welchem erst durch Uebereinkunft als nothwendiges Uebel der Staat hervorgegangen sei [3]). Dessen Zweck ist ihm die Erhaltung und die Sicherheit seiner Mitglieder, und eben hiezu dient ihm als Mittel das Strafrecht. Dagegen weicht er darin von Rousseau ab, daß er das Recht nicht erst mit dem Gesellschaftsvertrag entstehen läßt, sondern ein Naturrecht annimmt, das auch unabhängig vom Staate zur Bestrafung ungerechter Angriffe berechtige, — eine Annahme, die freilich Postulat bleibt, wie bei Locke, von welchem sie entlehnt ist, weil das Recht, sobald ihm nicht ein über dem Individuum stehender allgemeiner Wille, sondern nur der gemeinsame Wille der Individuen zur Quelle gegeben wird, nicht schon vor der Uebereinkunft existirt haben kann, die Behauptung aber, daß es in der menschlichen Natur vorgezeichnet gewesen sei, entweder das Vertragsprincip zerstört, oder eine leere, mit dem System unvereinbare Behauptung bleibt [4]). Daher ist auch die Kontroverse gegen Beccaria, ob ein Staatsvertrag dem Individuum das Recht, sich strafen zu

1) Delle leggi della sicurezza. I. cap. 10.

2) S. die interessanten Briefe zwischen dem Grafen *Mamiani* und *Mancini*. Neapel, 1841.

3) Scienza della legislazione. I. c. 1.

4) S. auch *Rossi* l. c. 10.

lassen, oder das Recht, Andre zu strafen, übertragen habe, unwesentlich. Das wirkliche Recht ist auch für Filangieri bloßes Mittel für den Zweck des gemeinen Wohls, keine um ihrer selbst willen zu realisirende Angelegenheit. Die Allgemeinheit ist auch ihm nur das gemeinsame Interesse der Individuen. Zwar stellt er den Satz der Vergeltung auf, indem er sagt: durch den Gesellschaftsvertrag erhalte das Individuum seine Rechte, deren Inbegriff seine Erhaltung und Sicherheit ausmache; da nun die Gesetze lauter sociale Verträge seien, so enthalte jedes Verbrechen den Bruch eines solchen Vertrags; indem aber das Individuum jene Rechte nur unter der Bedingung habe, daß es seinerseits seine Verpflichtungen aus dem Vertrage erfülle, so verliere es durch den Vertragsbruch seine Rechte, und zwar mehr oder weniger je nach der Gefährlichkeit des Verbrechens für die Gesellschaft. Gleichwohl genügt ihm diese Deduktion nicht, sondern er beruft sich fernerhin darauf, daß die Gesellschaft das Recht zu strafen als nothwendiges Mittel für ihren Zweck haben müsse. Und nur hieraus bildet sich ihm das Wesen der Strafe, das ihm das gleiche ist, wie dem Beccaria, nämlich Prävention und Abschreckung, wobei er übrigens die treffende Bemerkung macht, daß mit der Vervollkommnung der Gesellschaft die Möglichkeit, die Strafen zu mildern, zunehme, weil dann die gesellschaftlichen Rechte im Preise steigen und die Furcht, sie zu verlieren, bei den Individuen größer werde [1]. Jedenfalls liegt das Besserungsprincip, wenn gleich nicht ausgesprochen, doch gewiß im Geiste der Theorieen von Beccaria und Filangieri. Aufrichtiger, konsequenter und kühner, als letzterer, den er vielfach bekämpft, geht Romagnosi zu Werk, indem er sich für die Existenz eines natürlichen Rechts auf keinen moralischen Sinn mehr beruft, daher auch von keinem Naturrechte im Sinne von Locke mehr wissen will, dessen Bestätigung willkührlich der Willkühr im Staatsvertrag zugemuthet wird, vielmehr es offen heraus sagt, daß ihm Recht und Wohl identisch seien, daß es für ihn kein Recht gebe, als die Forderungen des Einzelwohls und des gesellschaftlichen Wohls. Es ist daher nicht treffend, wenn man ihn andern Utilitarien gegenüber stellt, weil er denn doch von einem Rechte (dem Rechte der Vertheidigung) ausgehe. Denn, wenn allerdings Filangieri unter Naturrecht noch etwas Absolutes versteht, was er freilich weder zu deduciren, noch zu placiren, noch in seinem Wesen zu begreifen weiß, so ist bei Romagnosi auch jenes Recht der Vertheidigung nur dem Namen nach ein solches, in der That aber bloß eine faktische Konsequenz aus dem Naturgesetze der Gleichheit aller mit dem gleichen Trieb nach Selbsterhaltung und Glückseligkeit begabten Individuen, die ganz mechanisch

1) A. a. O. III c. 25—27. 29.

deducirte Aeußerung einer Naturkraft, welche durch Aufhebung des Gleichgewichts gegenüber von einer relativ aufgehobenen fremden Kraft entsteht. Die Rechtsüberlegenheit, welche er dem ungerecht Angegriffenen zuschreibt, ist nur eine Ueberlegenheit der natürlichen Kraft der Selbsterhaltung; desgleichen ist die Rechtsüberlegenheit des strafenden Staats nur die natürliche Ueberlegenheit der Kraft der Erhaltung der allgemeinen Glückseligkeit, welche durch die Störung des naturgesetzlichen Gleichgewichts gegenüber der relativ aufgehobenen Kraft eines Einzelnen entsteht. Es ist sehr scharfsinnig, daß R. nur dem unmittelbar Angegriffenen und nur behufs der Abwehr des Angriffs das Recht der Reaktion giebt, da ihm ja das Recht überall nichts anderes ist, als das Mittel zur Erfüllung des Naturgesetzes der Selbsterhaltung, die Ausübung dieses Rechts aber durch die Nothwendigkeit der Vertheidigung bedingt ist. Desgleichen ist es scharfsinnig, daß er einerseits das Recht der Vertheidigung, wie gesagt, auf den Fall drohender Gefahr beschränkt, andrerseits jedes Strafrecht (d. h. jede Verletzung des natürlichen Gleichheits-Gesetzes) verwirft, das nicht auf das Recht der Vertheidigung sich gründe, — und eben darum nun den Beweis unternimmt, daß auch jeder zu Ende gebrachte Angriff, gegen den zu reagiren dem Einzelnen nicht zusteht, der Gesellschaft gegenüber eine gegenwärtige Gefahr drohe. Es ist ferner sehr treffend, daß er die Gesellschaft selbst als die Quelle der Reize zum Verbrechen bezeichnet, und eben darum derselben, weil sie selbst unentbehrlich ist, auch das unentbehrliche Mittel, diesem steten Reize entgegenzuwirken, nicht vorenthalten kann. Obgleich daher die Ausübung des Strafrechts durch ein begangenes Verbrechen bedingt ist (weil nur dadurch die geforderte Rechtsüberlegenheit für die sich vertheidigende Gesellschaft entsteht), so ist doch sein Zweck lediglich auf die Zukunft gerichtet, Vertheidigung der Gesellschaft gegen Störungen des Einzel- und Gesammt-Wohls [1]). Ohne Zweifel ist in diesem Systeme das Princip des Wohls, als das einzig giltige und das des Rechts erst aus sich setzende, mit seltenem Scharfsinne durchgeführt [2]). Wenn es einerseits gegen Rousseau einen Rückschritt zu machen scheint, sofern das Princip des Vertrags, d. h. der Schöpfung des Rechts als einer freien That, verworfen wird, so schreitet es andrerseits darin vor, daß es dem Rechtsganzen den (freilich nur den natürlichen) Willen der Gattung zur Grundlage giebt und, indem es die allgemeine Glückseligkeit nur für die Summe der Einzelwohle erklärt, gleichwohl das Individuum — zwar nicht unter der Form des Rechts, wohl aber unter der

1) Genesis des Strafrechts Theil 1 und 2.

2) *Rossi* in der krit. Ztschr. für Rechtswiss. und Gesetzgebung des Auslandes. III. Nr. 12. vgl. aber auch Traité I. c. 9. Stark in Wagners Ztschr. 1828 III. S. 163 ff. und *Rosmini* Filos. del diritto I. S. 698. ff.

des Wohls — zum schöpferischen Principe macht. Ueber diesen Standpunkt ist in der That auch Carmignani nicht hinausgekommen, da er wenigstens das Strafrecht wesentlich auf die gleiche Weise aus dem Vertheidigungsrechte ableitet, es als Vertheidigungsrecht der Gesellschaft konstruirt und ihm den Präventionszweck zum Princip giebt. Daß er nicht vom Nutzen der Gesellschaft spricht, sondern dem Nutzen die Nothwendigkeit substituirt, ist ohne Bedeutung, da er diese Nothwendigkeit, selbst nur als eine relative, d. h. um des Besten der Gesellschaft willen vorhandene schildert, und ausdrücklich das politische Recht als ein eigenthümliches Produkt der naturgemäßen Sociabilität bezeichnet, mithin demselben die empirische Existenz der Gattung (die sensitive Natur des Menschen) und ihr Interesse zur Basis giebt. Gleichwohl gehört er einer Periode des Fortschritts an, da er, nur in andrer Weise, als Rossi, eine Vermittlung des Utilitätsprincips mit dem moralischen herzustellen sich bemüht, daher er denn dem empirischbegründeten politischen Rechte ein der Moral beigezähltes Naturrecht oder Vernunftrecht zum regulativen Principe giebt. Indessen zeigt eben dieser Ausweg, daß hier von einer wirklichen Vermittlung nicht die Rede ist, vielmehr nur ein Dualismus von Principien zu Stande kommt, bei welchem die Vernunft, die ohnedies nur als endliche aufgefaßt ist, in der negativen Stellung, die ihr eingeräumt wird, nothwendig den Kürzeren ziehen muß, daher denn auch das ganze System mit seinem Schwerpunkte offenbar noch in die Periode des Materialismus fällt, welchem der schöpferische Begriff in der Welt der objektiven Sittlichkeit das Wohl als solches ist [1]). — Ohne solchen Dualismus, der überdies noch nicht einmal auf der Höhe des kantischen steht, sondern seine deutschen Repräsentanten in der Schule des vorkantischen Naturrechts hat, ist das Princip des Interesses in seiner ganzen Schärfe durchgeführt worden von Bentham. Er ist ohne Zweifel der spekulativste unter allen Genannten, da er mit weit mehr Entschiedenheit, als Romagnosi, die edle Inkonsequenz Rousseaus, die intelligente Freiheit des Geistes in einem von Grund aus materialistischen Systeme zuzulassen, verwirft, und vielmehr die gesammte sittliche Welt mit der unerbittlichen Konsequenz eines seltenen Scharfsinns schlechthin unter die Kategorie des Mechanismus bringt. Da Rousseau vom Individuum ausgieng, so konnte er nicht den Willen in seiner wahren Allgemeinheit, sondern denselben nur in der Form der multiplicirten Willkühr zum Schöpfer von Recht und Staat, mußte aber ebendeshalb diese zum Mittel für die Zwecke des Individuums machen und sofort gerade da schwankend werden, wo am meisten Festigkeit Noth gethan hätte, bei der Grenzbestimmung zwischen dem Ein-

---

1) *Mancini* in den o. a. Briefen a. E.

zelwohl und Gemeinwohl, wie denn auch gerade seine Aeußerungen über das Strafrecht an diesem Mangel höchst fühlbar leiden [1]). Obgleich aber die Nothwendigkeit, bei einem solchen Systeme den Begriff des Rechts in dem des Wohls sich absorbiren zu sehen, gerade bei der Konsequenz Rousseau's einleuchtend hervorgieng, so haben doch nicht nur Beccaria und Filangieri, sondern selbst noch Romagnosi und Carmignani den Begriff des Rechts nicht fahren lassen wollen, so deutlich auch erhellt, daß er entweder nur mittelst gehaltloser Abstraktionen oder auf Kosten der Einheit des Princips eingeführt, in keinem Falle aber in seinem Wesen begriffen und fruchtbar gemacht werden konnte, wie er denn bei dem Scharfsinnigsten unter den Genannten, Romagnosi, in der That fast nur noch dem Namen nach vorkommt, während er in Wahrheit nur noch die naturgesetzliche Gleichheit der individuellen Willensatome ausdrückt. Deshalb ist es ein Beweis spekulativer Kraft, daß Bentham jene Stütze als völlig unbrauchbar wegwirft, und, was bei den Uebrigen nur als nothwendige Konsequenz, die sie zu verläugnen streben, hervorgeht, geradezu ausspricht: das Recht sei nichts an und für sich, sondern bloßes Mittel für die Zwecke des Wohls. Geht man einmal vom empirischen Individuum aus, so kann man sich allerdings dasselbe nicht isolirt, sondern muß es als Theil eines gesellschaftlichen Ganzen denken, welches ebensowohl von Natur da ist, als das Individuum. Mit Recht verwirft daher Bentham den Naturzustand und das Princip des Vertrags als Sophismen; um so mehr mit Recht, als in der That weder die Existenz der Gesellschaft solcher Deduktionen bedarf, noch auch in der That diese Prämissen geeignet sind, zur Erkenntniß des wahren Wesens derselben zu führen. Die Betrachtung des Menschen als eines freien Wesens erscheint als eine durchaus einseitige, da der empirische Mensch, als Princip genommen, vielmehr eine Totalität von noch ganz andern Momenten bildet, die, als Summe seiner Existenz, sein Wohl ausmachen. Ist mithin das Gesetz der Natur das einzige reelle, so ist auch das höchste Gesetz für den Menschen nur sein Wohl, seine Glückseligkeit. Die Gesellschaft ist aber nur das Kollektivganze der Einzelnen und muß daher dasselbe Gesetz haben, nämlich ihr Wohl, und eben damit das Wohl der möglichst größten Anzahl ihrer Mitglieder zu realisiren. Erst durch die diesem Zwecke gemäß von der Gesellschaft erlassenen Gesetze entsteht das Recht und hiemit auch das Strafrecht, als das unentbehrliche Mittel zur Selbsterhaltung der Gesellschaft gegen die ihrem Wohl gefährlichen Handlungen der Einzelnen, zwar ein an sich niedriges und allen edleren

1) S. *Rossi* l. c. 11. Eben in Beziehung auf jenen Grenzpunkt tritt auch B. Constant gegen Rousseau auf, wobei er ebensosehr Recht als Unrecht hat, da beide von dem freien Individuum ausgehen, und der Gedanke der Substantialität von Recht und Staat bei Constant nur als Ahnung, nicht als Princip auftritt.

Gefühlen widerstrebendes Mittel, das aber, als unentbehrliches Opfer für das allgemeine Wohl betrachtet, sich zum höchsten Rang der öffentlichen Wohlthaten erhebt. Eben diese Entschiedenheit, womit B. das Wohl zum einzigen und höchsten Grundsatz macht, giebt nun auch seinem Strafrechtssystem den ungemeinen Vortheil, sich nicht in irgend einem beschränkten Zwecke abzuschließen, sondern eine Mannigfaltigkeit von Zwecken zuzulassen, deren gegenseitige Abwägung zu einer ebensosehr das Wohl des Ganzen, als das des Einzelnen und insonderheit des Verbrechers selbst in's Auge fassenden Oekonomie des Systems führt. Er nennt Generalprävention, theils durch Androhung, theils durch Vollziehung der Strafe, und Specialprävention, theils durch Unschädlichmachung, theils durch Einschüchterung, theils durch Besserung des Verbrechers. Nimmt man nun hinzu, daß er das gesammte Strafrecht als Mittel der Selbsterhaltung des Ganzen auffaßt, so hat man hier alle Zwecke beisammen, die dem Begriffe des Wohls abgewonnen werden können, und Bentham erscheint nicht nur als der konsequenteste, sondern auch als der vollständigste Vertheidiger eines Princips, das, obgleich in seiner Einseitigkeit unwahr, doch als Moment unentbehrlich und insonderheit für die Gesetzgebungspolitik vom höchsten Werthe ist [1]). Insbesondere ist mit Anerkennung die Hervorhebung des Besserungsprincips zu bemerken, welches freilich auch schon im Geiste der früheren Theorieen lag, aber doch, wie in der Geschichte des Strafrechts selbst, so auch in der Entwicklung des Princips der Prävention, erst als Gegengewicht gegen das zunächst sich darbietende Abschreckungssystem hervortreten konnte. Gerade das Besserungsprincip nun, wie es aus der Theorie des Wohls abgeleitet und in die genauste Verbindung mit dem Abhaltungssystem gebracht war, hat die segensreichsten praktischen Folgen getragen, wie das Aufblühen des Pönitentiarsystems in der Theorie und im Leben beweist [2]).

Der deutsche Kriticismus nahm in Kant das Problem aller modernen Philosophie in seiner ganzen Tiefe vor sich, indem er die Verbindung der von den beiden besprochenen Richtungen je als Totalität geltend gemachten Glieder des Gegensatzes, d. h. die Möglichkeit überhaupt, dem Seyn durch das Denken beizukommen, zum Gegenstande der Untersuchung machte. Diese Wendung ist eine so großartige, daß ihre Wirkung sich nicht innerhalb der deutschen Philosophie verlaufen konnte; vielmehr zeigt die Geschichte der neueren Philosophie in Frankreich und Italien augenscheinlich, daß alle spekulativen Köpfe auch

1) Traité de législation und Théorie des peines. Vgl. *Ahrens* Cours de droit naturel. S. 41—53. durch ihn blühte besonders in Frankreich die materialistische Schule neu auf (*Comte, Rey, Dunoyer* u. A.) theilweise als Gegnerin von *Rousseau* (wegen seines spiritualistischen Elements).

2) S. die Schriften von *Roscoe*, *Rush*, *Bradford*, *Howard* rc.

dort in den Untersuchungen Kant's den Angel- und Wendepunkt aller modernen Philosophie erkennen: Indessen hat nun die Kantische Lehre das Eigenthümliche, daß sie zwei wesentlich verschiedenen Perioden angehört, indem sie einerseits Kriticismus ist, andrerseits — und zwar eben in ihrem praktischen Theile — den Anfang einer neuen Konstruktion macht, die übrigens erst durch Fichte zum Systeme des subjektiven Idealismus vollständig ausgebildet ist. Dieser Dualismus in der Kantischen Philosophie, der sie so wesentlich charakterisirt und insbesondere in seiner Rechtslehre in Konsequenzen greifbar ist, die nicht selten sogar einen Nachlaß der spekulativen Kraft verrathen, ist zwar von Männern, wie Fichte, Feuerbach, Grolman, wohl erkannt, dagegen von heutigen Geschichtschreibern der Strafrechtsphilosophie so sehr übersehen worden, daß allein schon dieser Mangel zeigt, wie es ihnen an allem spekulativen Bewußtsein fehlt: nur jener Dualismus erklärt es, wie nicht nur Kant selbst auf die Grundlage seiner Rechtslehre ein Strafrechtsprincip setzen konnte, das, abgesehen von dem Dürftigkeitszeugniß, welches es sich durch die Berufung auf den kategorischen Imperativ stellt, eben mit den Grundprincipien des Systems im Widerspruch steht, sondern auch auf diesem Irrwege eine ganze Reihe von Jüngern finden konnte (Beck, Tieftrunk, Bergk, Zachariä, Tafinger u. A.) [2]; und wie dagegen der Geist seiner Rechtslehre, ihm selbst gleichsam unter der Hand entschlüpfend, bei Fichte, Feuerbach, Grolman u. A. erst zu seiner ureigenen Entfaltung kam.

Wie Rousseau, so hat auch Kant das unsterbliche Verdienst [3], den Begriff des Rechts auf den Willen gegründet zu haben. Während aber jener keinen Zweifel darüber ließ, daß er vom endlichen Willen ausgehe und daher ein allgemeiner Wille nur durch Vertrag entstehen könne, so ließ Kant diese Konsequenz in ihrer vollen Schärfe erst seinen ebenbürtigen Schülern zu ziehen übrig, während seine eigene Rechtslehre, wie auch von Stahl richtig bemerkt ist, zwischen dem an und für sich seienden Vernunftwillen, der dann die kategorischen Imperative schafft, und dem vertragsmäßigen Kollektivwillen der Individuen dualistisch in der Schwebe bleibt und eben deshalb zu so zweideutigen Folgerungen weiter gesponnen werden konnte. Der spekulative Kern seiner Lehre nun, wie er in dem subjektiven Idealismus zu seiner adäquaten Durchführung kam, ist dies: der Primat der praktischen Vernunft über die theoretische mußte zu vollständiger Anerkennung gebracht werden, was dadurch geschah, daß das Ich zur Totalität gemacht wurde und als praktisches Ich eben die Schranke selbst setzte,

2) Vgl. Grolman über die Begründung des Strafrechts. S. 216 ff.
3) A. M. Warnkönig, Rechtsphilos. S. 134.

welche es als theoretisches anerkennen mußte. Während mithin Kant die Freiheit des Ichs als Vermögen, einen Zustand absolut anzufangen, aus dem Vernunftgebote, das Sittlichgute zu wollen, folgen läßt, außer dem Ich noch eine reale (wenn auch in ihrem Ansich nicht erkennbare) Welt annimmt, sofort auch das Gesetz für das Handeln in dieser Welt als ein Vernunftgesetz, die äußere Freiheit nur als Mittel für die innere darstellt, — so spricht Fichte vielmehr aus, daß die Freiheit das Ich selbst, das Ich das allein Reale, die Gesetze seines Handelns nur seine eigene Natur, die äußere Freiheit daher gleichfalls ein Ausfluß dieser Natur, und das Rechtsgesetz nur ein Produkt seines Willens sei. Hiemit war denn alle Zweideutigkeit der Kantischen Rechtslehre abgeschnitten und das Vertragsprincip in derselben Reinheit, wie bei Rousseau, zur Grundlage gemacht. Eine eigenthümliche Mittelstellung zwischen Kant und Fichte suchte zwar Feuerbach einzunehmen, indem er mit letzterem von dem Individuum ausgieng und die Unthunlichkeit der Ableitung des Rechtsgesetzes aus dem Sittengesetze einsah, dagegen doch mit Kant das Rechtsgesetz überhaupt auf die praktische Vernunft gründen wollte, und hiezu eine eigene, sog. juridische Vernunft erfand [1]); allein diese Mittelstellung läßt Feuerbach in Bezug auf den Nerv der ganzen Rechts- und Staatsphilosophie doch auf Fichte's Seite treten, wenn gleich gerade der Hauptpunkt seiner Strafrechtsphilosophie, seine Imputationslehre, den Kantischen Dualismus zwischen theoretischer und praktischer Philosophie nicht verläugnet [2]). Obgleich nun aber der subjektive Idealismus, gleich der Rousseau'schen Schule, Recht und Staat auf das Princip des Vertrags gründet, so findet sich dennoch die wesentlichste Divergenz zwischen beiden Schulen. Denn das Ich des Idealismus ist eben nicht das empirische Individuum des Materialismus, daher auch die Schöpfung des allgemeinen Willens im einen Falle eine durchaus andre, als im andern. Jenes Ich ist das zur Offenbarung der absoluten Kausalität des sittlichen Triebs berufene [3]), das um der Erfüllung seines Zwecks willen eine Wechselwirkung Aller mit Allen behufs der Erzielung der Uebereinstimmung zu derselben praktischen Ueberzeugung und zu einer derselben angemessenen Gleichförmigkeit des Handelns, hiemit das Zusammenleben in Kirche und Staat fordert [4]), obgleich der Staat selbst eine vom Sittengesetze unabhängige Begründung haben muß [5]). Der Grund mithin, aus welchem das Ich des Idealismus seine Freiheit behufs der Produktion des Rechtsgesetzes

1) Kritik des natürlichen Rechts. S. 237 ff.
2) Revision I. S. 150—176. 319—323 II. S. 146 ff.
3) Fichte, Sittenlehre S. 78 ff.
4) A. a. O. S. 271 ff.
5) Fichte, Naturrecht I. S. 1—54.

beschränkt, ist ein wesentlich andrer, als bei den Materialisten. Es ist ihm um die Herrschaft des Rechtsgesetzes als solchen, als des einzigen Mittels, welches das Zusammenleben freier vernünftiger Wesen möglich macht, zu thun; und obgleich die Herstellung des Rechtszustands eben nur von der Freiheit ausgehen und nur durch den vertragsmäßigen Zwang seine Garantie suchen kann, so ist darum doch dieser Zustand nicht etwa nur ein nothwendiges Uebel, eine Fessel und Schmach für die Freiheit, sondern im Gegentheil das nothwendige Medium ihrer Existenz und ein Mittel zur Erreichung des höchsten sittlichen Zwecks. Zwar ist auch hier der Rechtsidee aller substantielle Gehalt entzogen und dieselbe auf's Entschiedenste von der Moral abgetrennt; es ist auch hier als nächster Zweck für die Entstehung des Staats nur die Sicherheit der Person und des Eigenthums aufgestellt, Recht und Staat sind auch hier zur Accidentalität und zum bloßen Produkte herabgesetzt, daher auch dieselben Strafzwecke, wie bei den ausländischen Schulen, auftreten und sogar ausdrückliche Berufungen auf diese vorkommen [1]); — allein gleichwohl ist der Geist der idealistischen Schule ein wesentlich andrer. Denn das Ich, als dessen Produkt und Interesse hier Recht und Staat erzeugt werden, ist nicht das empirische, in der Totalität seiner zufälligen Besonderheit und seiner beliebigen Interessen anerkannte, egoistisch nach seinem Wohle strebende, nach diesem Alles messende und diesem Alles unterordnende Ich der romanischen Philosophen. Vielmehr zeigen ja die philosophisch-geschichtlichen Prämissen jenes Ichs, daß es gerade im Gegentheil die in die Subjectivität sublimirte Substanz selbst, daher auch seine Freiheit diesem seinem Wesen gemäß kein blindes Kind der Natur, sondern eine vernünftige Tochter des Geistes ist, und ebendeshalb ihr Produkt einen andern Charakter haben muß, als das einfache oder multiplicirte empirische Wohl des Individuums. Dieser idealeren Auffassung stand zwar gerade Rousseau nicht so fern. Aber er vermochte sie nicht zu begründen, weil er sein Ich aus dem Materialismus nahm, während das Ich Fichte's aus der Kantischen Vernunftkritik hervorgegangen war. Obgleich mithin der Staat des subjektiven Idealismus seine Garantie nur in dem vertragsmäßig ausgeübten Zwange sucht und insofern als ein Ding niedrer Ordnung gegenüber der unter der Regel des Sittengesetzes lebend gedachten Gemeine bildet, so ist es doch charakteristisch, daß bei Kant jenes Zwangsinstitut geradezu aus dem Sittengesetze selbst deducirt, bei Fichte dagegen zwar der Produktion durch die Freiheit anheim gegeben, aber theils für die vorläufig unumgängliche Regel des

1) Z. B. von Feuerbach auf Bentham, von Grolman auf Filangieri.

vernünftigen Zusammenlebens, theils für eine durch fortschreitende Versittlichung des Geschlechts entbehrlich werdende, zur Auflösung in die freie Gemeinde der das Sittliche um sein selbst willen vollbringenden Wesen bestimmte Anstalt erklärt wird [1]). Auch in seiner scheinbaren Erniedrigung behält deshalb der Staat des subjektiven Idealismus noch seine Hoheit gegen den Staat der Utilitarier. Denn jene Erniedrigung erleidet er nur, damit die Freiheit des seiner innersten Natur nach sittlichen Ichs möglichst geschont werde. Indem aber eben dieses Ich die Substanz des Willens in sich absorbirt hat, so ist es klar, daß seine Freiheit nicht den willkührlichen Inbegriff der empirischen Interessen des sinnlichen Individuums, d. h. nicht das Wohl des besonderen Willens als solchen, oder das gemeinsame Wohl der vielfachen Besonderheit zu ihrem Princip haben kann; vielmehr, wenn gleich auch hier vom Ich ausgegangen, und daher Recht und Staat als nur durch dies und für dies seiend, d. h. als Forderungen des Wohls konstruirt werden, so liegt doch die große Differenz darin, daß als dieses Wohl eben nur das Recht — als die vernünftige Regel des socialen Lebens — ausgesprochen wird. Es wird also nicht um des Nutzens willen das Recht (als ein nothwendiges Uebel) zugelassen, sondern es wird das Recht als das allein Nützliche gefordert. Daher wird auch durch dieses Recht nicht die Freiheit des Ichs beeinträchtigt, sondern erst wahrhaft gesetzt. Der Staat ist nicht der Tod, sondern die Erfüllung des Naturrechts. — So in ihrer Wahrheit aufgefaßt [2]), bilden daher auch die Strafrechtstheorieen des subjektiven Idealismus nicht — wie man nach den hergebrachten Tabellen anzunehmen scheint — bloße Wiederholungen der ausländischen Nutzenstheorieen, sondern sie ergänzen dieselben, indem sie der Abstraktion des Wohls, das ohne das Recht nicht fertig werden kann, die Abstraktion des Rechts, das sich als zwecklos erkennt, wenn es nicht als Wohl der Individuen verwirklicht wird, entgegenstellen.

Die rohste und naivste Erscheinung auf diesem Gebiete ist nun ohne Zweifel die [3]) sogen. unmittelbare Abschreckungstheorie, welche eben nur das Nothdürftigste zusammenbringt: daß die Rechtsordnung aufrecht erhalten werden müsse, und daß dazu die Strafe vortrefflich als Mittel diene, sofern durch den Anblick ihrer Vollziehung das Gemüth erschüttert und davon abgeschreckt werde, dasjenige zu thun, wovon ihm die nothwendige Folge so unangenehm erscheine. Daß so magere Ge-

---

1) Fichte, Nachgelassene Werke II. S. 501—504.

2) Die tiefere Bedeutung dieser Theorieen hat auch Klenze in der sonst sehr schätzenswerthen Einleitung zu seinem Lehrbuch über die Gebühr verkannt.

3) Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen rc. S. 35. Vgl. J. G. A. Wirth, Handb. der Strafr.-Wissenschaft. S. 146—148.

danken[1]) für sich, oder (wie von Klein beliebt wurde) in begriffloser Zusammenstellung mit dem Princip der Genugthuung Niemanden befriedigen konnten, liegt auf der Hand. Um so größeren Eindruck machten die Theorieen von Feuerbach und Grolman. Ersterer steht, wie schon angef., zwischen Kant und Fichte in der Mitte. Mit jenem theilt er noch die Ableitung des Rechtsgesetzes aus der Vernunft, wenn auch nur aus einer juridischen, desgleichen das Bewußtsein von der nothwendigen unmittelbaren Kausalverbindung zwischen Verbrechen und Strafe, endlich den schneidenden Dualismus zwischen dem intelligibeln Menschen und dem der Erscheinung, wornach er aus dem Gebiete des Strafrechts den Begriff der Freiheit geradezu verbannen zu müssen glaubte. Andrerseits hat ihm das Vertragsprincip schon entschiedene Geltung; desgleichen verwirft er den kategorischen Imperativ und glaubt die Strafe nur durch einen vernünftigen Zweck rechtfertigen zu können; endlich ist es ihm sehr darum zu thun, die Vereinbarkeit der Androhung und Zufügung der Strafe mit der rechtlichen Freiheit zu beweisen, — ein Beweis, den er mehrfach variirt hat[2]). Eben mit diesem Interesse steht er aber ganz auf Fichtischem Boden. Denn das erste Bestreben der ganzen Schule mußte seyn, dem kategorischen Imperativ die Deduktion des Strafrechts aus der rechtlichen Freiheit zu substituiren. Das Rechtsgesetz ist ihr das Gesetz, wornach Jedermanns Freiheit neben der Freiheit aller Uebrigen bestehen kann. Dies und den Beweis der Zulässigkeit des Zwangs, als der Negation des Unrechts, hatte sie schon von Kant erhalten. Aber es handelte sich nun darum, insbesondere die Rechtmäßigkeit des Strafzwangs zu erweisen. Gerade die Zwischenstellung, die Feuerbach einnahm, und die man ebensowohl seinem tiefen praktischen Gefühle, als seiner Anhänglichkeit an Kant zurechnen darf, hat ohne Zweifel zu dem großen Einfluß, den seine Lehre gewann, beigetragen, während die entschiedeneren Idealisten durch ihre konsequentere Einseitigkeit auch deren Mängel offener zu Tage legten. Er beginnt (in der Revision) mit einer Erörterung des Begriffs der Strafe, die ebensogut an der Spitze einer absoluten Theorie stehen könnte; denn er erkennt die gewöhnliche Vorstellung, daß die Strafe nothwendige, gerechte, verdiente Folge einer ungerechten Handlung sei, vollkommen an, obgleich er hinterher gerade den Nerv dieser Vorstellung zerstört. Dadurch gewinnt er den Vortheil, von vornherein das allgemeine Bewußtsein für sich zu haben, und er braucht nun nur zu fragen: wie läßt sich ein solches, auf vergangene Handlungen bezogenes Strafrecht des Staates erweisen? Von selbst verstand sich nun, daß die bürgerliche Strafe von der

1) Grolman, Begründung 2c. S. 239—246. Feuerbach, über die Strafe als Sicherungsmittel. S. 121—167.
2) Antihobbes, S. 220 ff. Ueber die Strafe 2c. S. 97 ff.

moralischen verschieden seyn müsse, da der Staat nur das Rechts-, nicht das Sittengesetz zu realisiren habe, und ebenso scharf ward der Unterschied zwischen Strafe und Vertheidigung angegeben. Weiterhin war es auf Feuerbach's Standpunkt klar, daß der Staat, die Gesellschaft zum Rechtsschutze, keinen andern Zweck, als eben den der Rechtssicherung, haben könne. Da jedoch der Unterschied zwischen Strafe und Vertheidigung aufgezeigt war, so ergab sich als Problem: das Recht zu einem Zwange zu finden, der in dem Vertheidigungsrechte gegründet, aber gleichwohl von der Vertheidigung selbst verschieden wäre. Diese Aufgabe sucht er nun so zu lösen: Im Staatszwecke liegt die wechselseitige Freiheit aller Bürger, mithin die Nothwendigkeit, daß überhaupt keine Beleidigungen (Störungen jener Freiheit) im Staate geschehen. Folglich muß auch der Staat ein Mittel haben, solche allgemein zu verhüten. Hiezu ist die Prävention zu beschränkt, physische Entgegenwirkung nicht tauglich. Mithin bleibt nur die psychologische übrig. Der Staat muß also auf das Begehrungsvermögen der Bürger wirken und es ihnen psychologisch unmöglich machen, Rechtsverletzungen zu begehen, und, wenn sie wirklich widerrechtliche Neigungen haben, sich nach diesen zu bestimmen. Letzteres kann nur geschehen durch Androhung sinnlicher Uebel, deren Größe die Unlust aus der Nichtbefolgung der rechtswidrigen Neigung überwiegt. Auf die Freiheit nämlich, als ein rein moralisches Vermögen, kann der Staat nicht wirken wollen, vielmehr, da er es lediglich mit dem Menschen der Erfahrung zu thun hat, nur durch die Sinnlichkeit auf die Sinnlichkeit. Die Androhung durch ein Gesetz aber ist nothwendig, weil der Bürger die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Verknüpfung von Strafe und Verbrechen haben, und weil das Recht der Persönlichkeit geachtet werden muß. In der That ist auch eine solche gesetzliche Androhung rechtmäßig, da Niemands Rechte dadurch gekränkt werden. Da aber die leere Drohung die vorausgesetzte Wirkung nicht haben könnte, mithin das Gesetz sich selbst widersprechen würde, so muß die Drohung betreffenden Falls auch ausgeführt werden. Diese Ausführung ist denn auch nicht minder rechtmäßig, als die Androhung, weil Jeder, der das vollkommene Recht hat, eine Unterlassung zu fordern, auch das vollkommene Recht haben muß, die entgegenstehende Begehung willkührlich zu bedingen, andrerseits aber die Einwilligung in das rechtlich Bedingte zugleich die Einwilligung in die rechtliche Bedingung in sich schließt [1]). — Eben der letzte Punkt war es übrigens, worin F. sich nicht sicher fühlte. Denn während er früher die Einwilligung des Verbrechers ausdrücklich einen Kontrakt nannte, und hiemit dem Vertragsprincip, worauf sein ganzes Rechtssystem ruht, getreu blieb [2]), so wollte er später von einem solchen

1) Revision I. S. 1—56.

2) Vgl. Grolman, Begründung ꝛc. S. 12—22.

Kontrakte nichts mehr wissen, sondern substituirte der wirklichen Einwilligung die rechtliche Nothwendigkeit, sich der Strafe zu unterziehen[1]), wodurch er seinem Gebäude das Fundament wegzog. Konsequenter war es daher ohne Zweifel, wenn Andre, wie Erhard, Kleinschrod, v. Almendingen, und Unterholzner[2]) sich unmittelbar auf die Einwilligung in den Staatsvertrag beriefen.

In Grolmans Theorie ist der Geist des subjektiven Idealismus entschiedener ausgesprochen, so zwar, daß sie gerade — was in der Regel nicht bemerkt wird — die Hauptpunkte mit Fichte's eigener Lehre gemein hat, nämlich die Thesis der Unendlichkeit der Prävention und die Antithesis, daß der Verbrecher soviel als möglich dem Staat erhalten werden müsse[3]). Dieser Anknüpfungspunkt für die Besserungstheorie, die auch in der That von Fichte selbst relative Anerkennung erfuhr, und von Andern in Verbindung mit der Grolman'schen Theorie gebracht wurde, unterscheidet diese wesentlich von der Feuerbach'schen[4]). Sobald nämlich mit der Produktion des Rechtsgesetzes und der Rechtsordnung durch die Feiheit des Ichs Ernst gemacht, diese mithin unumwunden als Wohl des Subjekts gesetzt wurde, so mußte es als Hauptaufgabe erscheinen, den Zweck der Sicherheit des Ganzen nicht auf Kosten des Wohls des Einzelnen zu erreichen, und deshalb die Beziehung der Strafe auf den einzelnen Verbrecher in den Vordergrund zu stellen. Dieses an sich ganz richtige Moment (s. §. 163. Anm.) tritt nun übrigens bei Grolmann erst nur als Schranke des bei Feuerbach alleinherrschenden Princips der Sicherung des Ganzen auf; bei Fichte zeigt sich es dagegen bereits positiv berechtigt, und in den Besserungstheorieen ist es sofort auf Kosten des andern Moments zur exklusiven Geltung erhoben worden. Grolman[5]) geht übrigens, wie Feuerbach, von dem Kantischen Rechtsgesetze und der daraus folgenden Zulässigkeit des Zwangs gegen Störungen der wechselseitig garantirten Freiheit aus. Er verschmäht es jedoch, den Begriff der Strafe aus der Erfahrung aufzunehmen[6]), wodurch Feuerbach seine Deduktion dem gemeinen Bewußtsein zu empfehlen wußte. Vielmehr bleibt er streng

---

1) Vgl. Welcker, Letzte Gründe S. 216 ff. Noch vergrößert hat diese Inkonsequenz Bauer in seiner sog. Warnungstheorie.

2) *Erhard* de fundam. jur. pun. Kleinschrod Syst. Entw. II. §. 9. v. Almendingen Darst. d. rechtl. Imput. S. 148 Unterholzner Jurist. Abhandl. S. 200 ff.

3) Grolman, Begründung 2c. S. 31—38. 217 Note sagt er es selbst.

4) Gewöhnlich freilich sucht man den Unterschied in andern untergeordneten Momenten.

5) Materialien seiner Theorie fanden sich bei Kleinschrod Syst. Entw. I. S. 11—14. II. S. 1—8. 101—105. Stübel, Syst. des allg. peinl. Rechts. I. §. 13.

6) In der Begründung 2c. S. 39—48 thut er es allerdings auch, aber nur als Koncession gegen Feuerbach, und auf Kosten der Konsequenz.

im philosophischen Geleise. Zwang, sagt er, kann überall nur gegen Störungen der Freiheit rechtlich seyn. Solche sind aber entweder gegenwärtig oder zukünftig drohende. Der Zwang gegen jene ist die Nothwehr, der gegen die letzteren Vertheidigung, Prävention im e. S. Im Anfang begnügte sich G. damit, diese Prävention, als gegen wahrscheinliche künftige Rechtsstörungen gerichtet, für hinlänglich gerechtfertigt zu halten, und das begangene Verbrechen nur als Erkenntnißgrund der von Seiten des Thäters drohenden Gefahr solcher künftigen Störungen hinzustellen. Später jedoch suchte er den, besonders von Feuerbach erhobenen, Einsprüchen zu entgehen, indem er nun ganz entschieden auf den Boden der Fichtischen Rechtslehre trat. Die Herrschaft des Rechtsgesetzes, sagt Fichte, sei nur möglich, wenn jeder Einzelwille sich beständig dazu bestimme, demselben gemäß zu leben; da nun dies nicht erwartet werden könne, und auf dem Gebiete des Rechts nicht erwartet werden dürfe, so sei der Staat als eine vertragsmäßig konstituirte Uebermacht nothwendig, welche durch Zwang gegen jedes Hervortreten eines widerrechtlichen Willens die Sicherheit herstelle und den guten Willen für die äußere Realisirung des Rechts entbehrlich mache [1]). Eben hieran schließt sich nun G., indem er behauptet: das Rechtsgesetz sei ein Willensgesetz, d. h., wer überall im Rechtsverhältnisse leben wolle, der müsse sich jenes Gesetz (gleichviel, aus welchen Beweggründen) zur unverbrüchlichen Norm seiner Handlungen machen. Wer nun ein Verbrechen begehe, der zeige eben damit, daß er diese Forderung nicht erfüllt habe, und sei daher als ein stetes, der Realisirung des Rechtsverhältnisses entgegenstehendes Hinderniß zu betrachten, dessen Aufhebung von denjenigen, welche das rechtliche Verhältniß unter sich wollen, nothwendig bewirkt werden müsse [2]) Offenbar durchbrach G. durch diese Wendung die Konsequenz der Schule mit einem an sich sehr wahren, aber auf dem Fundamente jener Rechtsphilosophie fremden Gedanken, was ihm daher auch Feuerbach [3]) mit Recht nicht gelten ließ, und was er in der spätern Abhandlung im Magazin erfolglos zu vertheidigen suchte. Zwar meint Welcker [4]), Feuerbach begehe die gleiche Inkonsequenz, allein mit Unrecht, da dieser keineswegs rechtliche Gesinnung positiv zu fordern braucht, vielmehr seine Drohung nur darauf berechnet ist, den jedesmaligen wirklichen Antrieb zum Unrecht hinwegzuräumen, während Grolman's Prävention nur gegen die möglichen Rechtsverletzungen eines bestimmten Subjekts gerichtet ist, mithin, um dem Vorwurf zu entgehen, daß

1) Fichte, Naturrecht. I. S. 165—169. 175—178.

2) Begründung 2c. S. 59—61.

3) Ueber die Strafe als Sicherung S. 12—32.

4) Letzte Gründe. S. 238. 239. vgl. Oersted Grundregeln. S. 83. 84 in der Note.

er blos wahrscheinliches Unrecht strafen wolle, G. die Existenz des widerrechtlichen Willens an sich als das Strafbare behaupten, d. h. rechtliche Gesinnung fordern muß. Zwar sucht er[1]) diesem Anerkenntniß durch direkte Annahme der Fichtischen Staatsdeduktion zu entgehen, welche gerade darauf beruht, daß man die Subjektivirung des Rechtsgesetzes im Einzelwillen nicht erwarten könne und dürfe; allein vergebens. In der That zeigt sich auch G. eben in diesem Punkte sehr schwankend, indem er[2]) bald die künftigen Rechtsverletzungen, bald den wirklichen bösen Willen voranstellt, und so offenbar zwischen Wiedervergeltung und Prävention durchzukommen sucht, ohne eine sichere Straße halten zu können. Denn bald sagt er, das begangene Verbrechen sei der Sachgrund der Strafe, welche der Thäter eben durch das Verbrechen und die darin bewiesene illegale Gesinnung verdient, verschuldet habe, bald setzt er jenen Sachgrund wieder ganz zum bloßen Erkenntnißgrunde herab, wie er denn auch muß, wenn er nicht die Hauptsache, den Gedanken der Prävention, aufgeben will. Abgesehen aber von dieser Verwicklung, aus welcher nicht zu entrinnen war, ist es der charakteristische Gedanke in seiner Theorie, daß die Strafe unmittelbar auf den Willen des einzelnen Verbrechers bezogen wird. Dadurch bildet sie die nothwendige Ergänzung zu der Feuerbachischen, welche den Gedanken, daß das Recht das allgemeine Wohl sei, einseitig verfolgte, d. h. in dem Gemeinwohl das individuelle Wohl des Verbrechers selbst untergehen ließ. Zwar spricht G. den Zweck der Besserung noch nicht unmittelbar aus, vielmehr ist auch ihm die Prävention, mithin die Sorge für's Ganze, noch das Erste; aber er macht den Uebergang zu der nachher entschiedener geäußerten Ueberzeugung, daß in dem Gemeinwohl das individuelle erhalten bleiben müsse, eben dadurch, daß er für den Zweck der Strafe an und für sich nur die Abhaltung des strafbaren Subjekts von künftigen illegalen Handlungen erklärt, und daß er dabei entschieden die Tendenz offenbart, den Verbrecher wo möglich zu erhalten, und — wie er in einer Note, fast schüchtern ausspricht — politisch zu bessern[3]). Als eine interessante Nebenbedeutung der Strafe führt er endlich auch die Abschreckung Aller durch die psychologische Wirkung des Strafgesetzes[4]) auf, ohne freilich die Nothwendigkeit[5]) dieses Moments in seinem Systeme nachweisen zu können[6]).

Was nun hier nur angedeutet oder behauptet ist, das wußte Fichte selbst mit der ganzen Kraft seines Scharfsinns als Momente zu Einem

1) Begründung rc. S. 87—102.
2) A. a. O. S. 33—57 ff.
3) Begründung rc. S. 116 Note. S. 153 ff.
4) A. a. O. S. 108 ff.
5) Feuerbach a. a. O. S. 47 ff.
6) Blosse Kombinationen der Grolmanischen und Feuerbachischen Theorie, wie die von Oersted, sind hier zu übergehen.

Ganzen zu verflechten. Zwar hat, bei allem wohl begründeten Respekt, die juristische Literatur von jeher sich das Ansehen gegeben, das Fichtische Strafrecht einigermaßen über die Achsel anzusehen[1]). Dessenungeachtet wird man aber immer mehr einsehen lernen, daß bei allen Einseitigkeiten und juristischen Sonderbarkeiten gleichwohl diese Theorie die spekulativste unter allen bisherigen ist, sofern sie es klar ausspricht, daß, wenn die Strafe einmal auf einen Zweck bezogen seyn soll, auch alle wesentlichen Zwecke des Einzel- und Gemeinwohls in ihrer Berechtigung anerkannt werden müssen. In der That enthält sie gerade die Gesammtheit der subjektiven Tendenzen, durch welche, wie hier gezeigt wird, der Begriff der Strafe als objektiver Genugthuung nothwendig ergänzt werden muß. Die bei Grolman nur als Schranke anerkannte Berechtigung des Einzelwohls tritt bei Fichte sogleich als positive Forderung auf, indem er der Thesis, daß jeder Verbrecher, als Verletzer des Bürgervertrags, der Strenge nach aus dem Bürgerverein ausgestoßen, d. h. rechtlos werden müsse, die Antithesis entgegenstellt, daß in allen Fällen, in welchen die allgemeine Sicherheit damit bestehen könne, an die Stelle der Rechtlosigkeit ein milderes Reaktionsmittel treten müsse, da der Staat seine Bürger sich so viel als möglich zu erhalten habe. Der Grundgedanke des subjektiven Idealismus, daß das Rechtsgesetz das einzig mögliche Socialgesetz sei, daß aber seine Existenz auf die Freiheit des Ichs sich gründen müsse, daß mithin in den rechtlichen Institutionen, und so insbesondre im Strafrechte, das Wohl des Ganzen mit dem des einzelnen Ichs vermittelt seyn müsse, ist hier auf's Schärfste ausgedrückt, und eben dadurch die Principien von Feuerbach und Grolman in ihr wahres Verhältniß gebracht. Wenn sodann Feuerbach mit dem Versuch, die Zufügung der Strafe auf das Grundprincip des Vertrags zu gründen, scheiterte und überhaupt durch seine Trennung zwischen Androhung und Zufügung der Strafe aus der Konsequenz fiel, und wenn andrerseits Grolman zwar das Vertragsprincip achtete, aber durch die Forderung einer rechtlichen Gesinnung den Unterschied zwischen dem Gebiete des Rechts und dem der Moral, worauf doch das ganze System beruhte, aufzuheben drohte, — so blieb Fichte streng bei dem spekulativen Kern der Lehre, indem er das gesammte Strafrecht, ohne allen Rekurs auf moralische Ingredienzien, eben nur auf die durch Vertrag gegründete Zwangsinstitution des Staats baute. Indem er nun für die Fälle der Antithesis den Abbüßungs- und den Besserungsvertrag statuirt, für die äußersten aber die Ausstoßung aus dem Bürgerverein, und infolge davon den Kriegszustand zwischen dem Staat und dem Verbrecher zuläßt, so sind in seiner Lehre nicht nur die Androhung

1) S. indessen auch Oersted, Grundregeln. S. 62. 63 in der Note.

Feuerbach's und die Prävention Grolman's, sondern es sind darin noch außerdem der Besserungszweck, der Gedanke der Abbüßung, der Selbsterhaltung des Staats und — wenn auch in dürftiger Weise — die Idee der objektiven Genugthuung mit dialektischer Kunst in ein Ganzes gebracht [1]). Durch die rücksichtslose Durchführung des Vertragsprincips hatte übrigens Fichte zwar allerdings alle Streitigkeiten darüber, ob aus dem Rechtsgesetze selbst blos ein Androhungszwang oder ein Präventionszwang abgeleitet werden könne, abgeschnitten, er hatte aber durch den gänzlichen Bruch mit der Kantischen Deduktion des Rechtsgesetzes, als eines wenigstens relativ Substantiellen, zugleich alles Absolute an der Strafe aufgehoben und sie schlechthin unter die Kategorie des Relativen, der durch Uebereinkunft erzielbaren Zwecke gestellt, — ein Resultat, das Vielen bedenklich seyn mochte, die denn, wie z. B. Gros [2]), die Mannigfachheit der von ihm aufgestellten Beziehungen der Strafe sich gefallen ließen, gleichwohl aber wieder nach einem Haltpunkte griffen, um auf ähnliche Weise, wie Feuerbach, die Strafe als nothwendige Folge an das Verbrechen knüpfen zu können. Solche Rückgriffe waren aber eben durch den Fortschritt des Princips im System Fichte's bereits widerlegt, und, was sie erreichen wollten, war nur durch das Aufgeben des ganzen subjektiv-idealistischen Standpunkts zu erlangen.

Gerade das Zurückgreifen auf den Kantischen Standpunkt gab einer eigenthümlichen Theorie, der Selbsterhaltungstheorie, die Entstehung, gegen welche dann die Besserungstheorie das andre Extrem bildete, so zwar, daß in diesem Gegensatze nur der schon zwischen Feuerbach und Grolman hervorgetretene Gegensatz auf die Spitze getrieben erscheint. Die Selbsterhaltungstheorie nämlich läßt an der Feuerbachischen Theorie gerade das wieder fallen, womit diese über Kant hinausgeschritten war: die Deduktion der Vereinbarkeit des Strafrechts (der Androhung und der Zufügung) mit der das Fundament der Rechtsordnung bildenden rechtlichen Freiheit des Ichs. Sie rekurrirt wieder auf die Ableitung des Rechtsgesetzes aus dem Sittengesetze [3]), und sucht dadurch dem Staat eine von dem Socialvertrage unabhängige Nothwendigkeit zu vindiciren. Daraus wird nun unmittelbar das Recht des Staats, zu existiren, abgeleitet, im Uebrigen aber das Strafrecht wieder auf verschiedene Weise geschildert. Schulze identificirt dasselbe ohne Weiteres mit dem Vertheidigungsrechte, wie es auch jeder Einzelne habe, findet aber in diesem Vertheidigungsrecht höchst willkührlicher Weise nicht nur das Recht der Nothwehr wider gegenwärtig und der Prä-

1) Naturrecht II. S. 95 ff.
2) Naturrecht, §. 346—351.
3) Schulze Leitfaden §. 82 ff. Gros a. a. O. §. 21—30. Martin Lb. des Strafrechts §. 11.

vention gegen künftig drohende Angriffe, sondern auch das Recht der Wiedervergeltung für schon vollbrachte Angriffe, das er überdies nur auf den natürlichen Trieb der Rache zu gründen weiß [1]). Abgesehen von dem überall eingemischten Empirismus, hatte diese Deduktion den großen Fehler, aus dem Princip der Selbsterhaltung Rechte abzuleiten, die unmöglich darin liegen können. Diesen Mangel sucht Martin zu verbessern, indem er das Strafrecht überall auf den Begriff der Nothwehr zu gründen strebt. Er behauptet nämlich; jedes Verbrechen führe für den Staat selbst eine wirkliche Gefahr herbei, nämlich eine Gefahr für das Ansehen der Gesetze, durch welche der Staat bestehe; dieser Nachtheil sei aber ein erst drohender, da er durch Zufügung der Strafe und dadurch bewirkte Wiederbefestigung des Ansehens der Gesetze abgewendet werden könne; hiernach zeige sich die Strafe als zweckmäßiges Mittel zur Sicherung des Staats, das einerseits nicht zu entbehren sei, andrerseits, wenn es vor der That im Allgemeinen angedroht werde, um psychologisch gegen die Verübung von Verbrechen wirken zu können, die Erschöpfung der gelinderen Mittel zur Abwendung der Gefahr jedesmal schon voraussetze [2]). Hiemit wollte Martin insbesondere der Nothwendigkeit entgehen, verschiedene Gründe und Zwecke für die Androhung und für die Zufügung der Strafe aufstellen zu müssen. Allein er übersah, daß gerade hierin der Fortschritt Feuerbachs bestand, und daß er seinerseits, indem er das Vertheidigungsrecht des Staats mit der rechtlichen Freiheit der Bürger zu vermitteln unterließ, einen Rückschritt machte. Denn daß eine solche Vermittlung nicht in der bloßen Behauptung gegeben sei, daß sich der Verbrecher nicht über die Strafe beklagen könne, wenn sie als unzertrennliche Folge des Verbrechens vorher bekannt gemacht sei (worauf sich Martin in der Vorrede (S. VII) beruft, hat schon Feuerbach gegen Klein schlagend bewiesen [3]). Gerade dann mußte um so gewisser wenigstens die Androhung auf die rechtliche Freiheit zurückgeführt werden; und wenn dies nicht geschah, so mußte der Weg Grolman's eingeschlagen und gezeigt werden, wie die Zufügung des Strafübels mit der in dem Socialgesetze liegenden rechtlichen Freiheit sich vereinigen lasse. In der That ist nun die Strafe bei Martin, wie bei Grolman, nur als Präventionszwang deducirt; aber während letzterer die Nothwendigkeit der Prävention aus dem wirklich bewiesenen widerrechtlichen Willen, wodurch sich der Verbrecher als Hinderniß der Freiheit erweise, zu rechtfertigen sucht, so verfällt Martin in einen bloßen Cirkel, indem er sagt: die Strafe sei nothwendig, um die

---

1) Vgl. Richter, Philos. Strafrecht. S. 181—184.
2) Martin a. a. O. §. 12. §. 22. f. u. Weber, N. Arch. VI. S. 453.
3) Ueber die Strafe zc. S. 99.

Gefahr zu vermeiden, die aus der Straflosigkeit entstehen würde, d. h. die Prävention müsse eintreten, weil, wenn sie nicht einträte, keine Prävention stattfände [1]). Martin sagt, der Staat könne nicht ohne Gesetze, und die Gesetze können nicht bestehen, wenn sie nicht im Ansehen erhalten werden; wer nun den Zweck wolle, der müsse auch die Mittel wollen. Allein er übersieht, daß gerade die Nothwendigkeit der Strafe, um das Ansehen der Gesetze zu erhalten, bei ihm eine bloße Behauptung bleibt, und bleiben muß, da in der That von dem Kantischen Rechtsgesetze aus, wie Feuerbach und Grolman klar gezeigt haben, ein Strafzwang immer nur als Sicherungszwang deducirt werden kann, zu diesem Behufe aber, wenn nicht der Begriff der Strafe verloren gehen soll, entweder der Sicherungszwang in dem psychologischen Zwange des androhenden Gesetzes gesucht, oder aber das begangene Verbrechen als Rechtsgrund seiner Anwendung aufgewiesen werden muß. Bei Martin ist übersehen, daß in einem Rechtsgesetze, das aus der Nothwendigkeit der Freiheit deducirt ist und deshalb auch nur durch diese zum wirklichen Dasein kommen kann, eben diese Freiheit eine wesentliche Potenz bildet, die daher nicht dem Ganzen schlechthin zum Opfer gebracht werden darf. — In denselben Fehler verfällt auch Gros, wenn er, von dem Satze ausgehend, daß das Rechtsgesetz als Zwangsgesetz gegen Störungen der Freiheit zum öffentlichen Gesetze gemacht werden, d. h. durch äußere Macht seine Wirksamkeit gegen jeden widerstrebenden Willen behaupten müsse, — weiter so argumentirt: Da es Unterlassungen seien, welche den Gegenstand eines verbietenden Gesetzes ausmachen, und diese, ohne gänzliche Vernichtung der Freiheit des Handelns selbst, nicht unmittelbar durch äußere Macht bewirkt werden können, so müsse mit dem Verbote zuzugleich etwas Anderes (die Strafe), durch dessen Bewirkung sich das Gesetz nach erfolgter gesetzwidriger That wirksam zeige, als Folge von dieser festgesetzt werden [2]). — Denn, so wahr es auch an und für sich ist, daß die Strafe nichts Andres ist, als die durch Negation des verbrecherischen Willens dargestellte Unverbrüchlichkeit des Gesetzes, so fehlt es doch auf dem Standpunkte, worauf sich Grolman befindet, an aller Berechtigung zu einem solchen Zwange, der gerade von dem Präventionszwang unterschieden seyn soll, und Grolman ist daher noch weniger konsequent, als Martin, der doch den Begriff der Sicherung aufrecht zu erhalten sucht.

Den direkten Gegensatz zu diesen, das Individuum dem Wohle des Ganzen opfernden, Theorieen bildet die Besserungstheorie, die auch auf dem Fundamente des subjektiven Idealismus, und zwar mit gutem

1) Dagegen gilt ganz das, was Feuerbach, Revision I. S. 89, über die Strafe rc. S. 159 gegen Klein bemerkt.

2) A. a. O. §. 346 ff. Vgl. §. 93. 99—101. 105. 106.

Rechte, sich erhoben hat, sofern ja Rechtsgesetz und Rechtsordnung hier als Schöpfung und Interesse des Ichs deducirt werden, mithin die Forderung sehr nahe liegt, daß im Wohle des Ganzen das Wohl des Einzelnen miterhalten werden müsse [1]). Nur freilich liegt es im Wesen dieser Theorie (§. 165), wo sie sich absolut hinstellt, stets einem Dilemma zu verfallen; entweder nämlich begnügt sie sich mit der politischen Besserung des Verbrechers, — dann ist sie im Wesentlichen nur ein andrer Ausdruck für die Präventionstheorie, gegenüber von welcher sie jedoch den Mangel hat, dasjenige als positiven Zweck hinzustellen, was nur negativ erkannt werden kann, zugleich aber auf halbem Wege stehen zu bleiben; oder sie geht zur Forderung der moralischen Besserung fort, — dann verläßt sie den vorher noch behaupteten rechtlichen Boden ganz und gar, und setzt dem Staat Aufgaben, die er als Rechtsordnung nicht erstreben kann, noch erstreben wollen darf, und die sich überdies in ihrem Begriffe selbst aufheben.

Eine eigenthümliche Stelle nimmt endlich noch J. G. A. Wirth [2]) ein, sofern er zwar, am Ende einer großentheils sehr schätzenswerthen dialektischen Kritik der aus dem subjektiven Idealismus hervorgegangenen Theorieen, selbst nur zu einer Nothwehrtheorie gelangt, die in einer bloß äußerlichen Vermittlung des Zwecks der allgemeinen Sicherheit mit dem Zwecke, den Verbrecher als organisches Staatsglied zu erhalten, besteht, gleichwohl aber in den Voranstalten, die er zu dieser Theorie macht, die Elemente für die richtige Konstruktion des Strafrechts treffend hervorhebt, ohne sie freilich bemeistern zu können. Es findet sich nämlich bei ihm die richtige Einsicht, daß sowohl der subjektive Idealismus in seiner Abstraktion von dem An-und-für-sich-seyn der sittlichen Idee, als der objektive Idealismus der Schellingischen Periode in seiner abstrakten Bestimmung des Staats als eines natürlichen Organismus, in gleicher Weise einseitig seien, beide Ansichten vielmehr dialektisch vermittelt werden müssen. Indessen fällt es schon bei der Entwicklung dieser Gedanken auf, daß der Verfasser theils über Systeme von größter Bedeutung, z. B. das von Fichte, ganz oberflächliche oder gar verkehrte Meinungen hat, noch mehr aber, daß er ganz und gar verschweigt, welcher Quelle er das Beste seines Buchs, die dialektische Methode, zu verdanken hat. Wahrhaft zu verwundern ist es jedoch, wie endlich, da die Elemente wirklich bereit liegen, der Verfasser gerade an der Wahrheit vorübergehen und, ohne alle weitere

---

1) Henke, Streit der Strafrechtstheorieen. S. 81—110. Stelzer, Kritik des Eggers'schen Entwurfs. S. 5 ff. Reichmann, über das Strafrecht des Staats. Spangenberg und Mohl gehören nicht hierher, da ihnen der Besserungszweck nur Modalität der als absolut nothwendig gedachten Strafe ist.

2) Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 1823.

Reflexion auf das von ihm selbst so vielfach hervorgehobene Moment der Substantialität von Recht und Staat, in eine Theorie auslaufen konnte, die nichts anders ist, als eine nach dem Gesetze des Gleichgewichts veranstaltete Zusammensetzung der Feuerbachischen und der Besserungstheorie. Indessen ist ihm gleichfalls Unrecht geschehen, wenn ihn Martin als Anhänger seiner Nothwehrtheorie aufzuführen keinen Anstand nahm, da vielmehr die Theorie von Wirth weit eher mit der von Fichte in Verwandtschaftsverhältnisse gebracht werden kann.

3) Das Princip der Strafe.

§. 205.

Die Strafe des Staats muß mithin, um dem vollen Begriff der sittlichen Gerechtigkeit, die auch der Staat in der ihm eigenthümlichen Potenz zu realisiren hat, zu entsprechen, allerdings auch die dargestellten subjektiven Intentionen in sich aufnehmen, aber sie muß dieselben dem aus der wesentlichen Natur des Staats, als des objektiv-sittlichen Organismus, hervorgehenden objektiven Zwecke als dem Hauptzwecke unterordnen, d. h. ihr Princip, was ihre Qualität und Quantität wesentlich bestimmt, muß die objektive Genugthuung (Wiedervergeltung) bleiben, und die subjektiven Zwecke dürfen nur da hervortreten, wo dieses ihr Hervortreten durch den objektiven Zweck selbst gesetzt ist. Die Nothwendigkeit hievon liegt eben in dem Begriffe des Staats und seines wesentlichen Verhältnisses zu der Freiheit der Person. Ist nämlich das Wesen des Staats eben nur die objektive Verwirklichung des Sittlichen zu einer äußerlich geltenden Macht, so ist seine Aufgabe gegenüber dem Verbrechen durch die Vollziehung der objektiven Genugthuung gelöst. Gehört es aber andrerseits zum Wesen der menschlichen Freiheit, mit ihrem subjektiven Inneren dem Staate und seiner Gewalt nur insoweit zu verfallen, als sich dieses subjektive Innere selbst in äußeren Handlungen objektiv gemacht hat, so besteht die eigenthümliche Gerechtigkeit des

Staats darin, Strafe, wie Belohnung des Bürgers lediglich nach der in der äußern Handlung objektiv erkennbaren Würdigkeit oder Schuld auszumessen, und dieses Maß ist ein Recht, das dem Bürger nicht entzogen werden darf.

§. 206.

Das Verhältniß des Strafprincips zu den subjektiven Zwecken ist aber näher dieses: 1) müssen diese, wo sie selbständig hervortreten sollen, durch das Princip selbst gesetzt seyn. Soll also die Strafe den Zweck erhalten, absolutes Sicherungsmittel zu werden, so muß das Verbrechen von solcher Tiefe seyn, daß der Handelnde dadurch sein Recht, in der sittlichen Gemeinschaft thätig zu seyn, ganz verwirkt haben muß. Soll der Zweck der Abschreckung für sich hervortreten, d. h. der Verbrecher als Mittel für die Generalprävention gebraucht werden dürfen, so muß wiederum das Verbrechen so geartet seyn, daß darin das Recht, als sittlicher Selbstzweck respektirt zu werden, als preisgegeben erscheint. Soll endlich die Strafe unter der Kategorie der Züchtigung und Besserung sich zeigen dürfen, so muß die Subjektivität in der Handlung als eine solche hervorgetreten seyn, welche in den Stand der sittlichen Unmündigkeit zurückgesunken ist und deshalb der Zucht bedarf, um die in der Strafe liegende Willensnegation auch wirklich als solche sich zum Bewußtsein bringen zu können [1]). 2) Sind aber diese Bedingungen vorhanden, so muß auch der gesetzte subjektive Zweck als solcher wirklich bestimmende Norm für die Strafvollziehung werden. Zwar kann er dies immer nur innerhalb der durch das Princip der objektiven Genugthuung gegebenen Maßbestimmtheit seyn. Aber innerhalb dieser Schranke muß er dann auch wirklich als Norm zu rela-

1) Spangenberg (Roscoe) Ueber die sittliche Besserung ꝛc. *Lucas* du système pénitentiaire ꝛc. und die Uebrigen bei Mittermaier not. 3 zu Feuerbach §. 149 Angeff.

tiver Selbständigkeit erhoben werden; es muß daher insoweit die Strafvollziehung, je nach den verschiedenen an der Subjektivität des Verbrechers hervortretenden Modalitäten sich verschieden bestimmen [1]). 3) Umgekehrt setzt aber das Princip in der Anerkennung dieser subjektiven Zwecke sich selbst die Schranke, denselben nicht entgegenwirken, insbesondere also keine Strafarten anerkennen zu dürfen, welche der Forderung der subjektiv sittlichen Zwecke der Strafe widerstreben (wie Todesstrafe, verstümmelnde Strafen 2c.). Desgleichen muß die Vollziehungsweise der anzuerkennenden Strafarten so beschaffen seyn, daß dadurch die subjektiven Zwecke mit befriedigt oder wenigstens nicht ausgeschlossen werden; (daher z. B. die Strafen einerseits nicht der Art seyn dürfen, daß sie die Eigenschaft, andre oder den Verbrecher selbst von künftigen Verbrechen abzuschrecken, verlieren, andrerseits nicht von der Art, daß sie die Wirkung der Zucht und Besserung, die sich der Verbrecher daraus abstrahiren soll, verhindern). — Die Nothwendigkeit dieses Organismus liegt darin, daß der Staat, obgleich sein specifisches Wesen in der Verwirklichung des Sittlichen zur objektiven Geltung besteht, gleichwohl nicht bloß ein Theil der gesammten Sittlichkeit, sondern der sittliche Geist selbst, nur auf einer bestimmten Stufe seiner Verwirklichung, ist, daher auch gegen das, was den Typus des Sittlichen ausmacht, nämlich die subjektive Verinnerlichung des sittlich Nothwendigen, sich nicht abschließen darf. Wie daher alle Staatsfunktionen, obgleich durch den Begriff nothwendig gesetzt, doch ganz und gar zur Vermittlung des Wohls der Einzelnen sich aufschließen müssen, so muß auch die Strafrechtspflege des Staats jene subjektiven Intentionen aus ihrem Princip heraussetzen und die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, wo der Staat sie seinem speci-

---

1) Hegel §. 99. Wirth Ethik II. S. 324.

fischen Wesen gemäß nicht direkt erstreben kann und darf, wenigstens als Schranke für sich anerkennen. —

§. 207.

Hiemit sind aber zugleich alle anderen Forderungen befriedigt, die man vom Standpunkt des als Wohl aufgefaßten Rechts aus gemacht hat. Die Forderung der Prävention durch Androhung der Strafe wird erfüllt durch die anderweitig bewiesene Nothwendigkeit, dem Recht gesetzliches Dasein zu geben (§. 171—175) [1]. Die Forderung der Specialprävention vollzieht sich durch die (§. 206) aufgezeigte Nothwendigkeit, daß die Strafe die Möglichkeit der Abschreckung von künftigen Verbrechen involviren, und daß diese Möglichkeit gegenüber einem Subjekte, das die in der Strafe an sich liegende Willensnegation nicht selbst zu empfinden vermag, als wirkliche Zucht hervortreten müsse. Eben dadurch und durch die erwiesene Möglichkeit und Nothwendigkeit, bei Verbrechen von besonderer Tiefe den Verbrecher zugleich relativ als Mittel der Abschreckung Andrer zu gebrauchen, erfüllt sich die Forderung, daß die Strafvollziehung als Mittel benützt werde, das gleiche negativ-sittliche Ferment in Andern zu vertilgen und den Reiz zur Nachahmung des bösen Beispiels aufzuheben. Indem aber das Strafprincip die objektive Genugthuung bildet, so ist damit an und für sich die Forderung erfüllt, die Gesetze als die Grundpfeiler der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und den darin ausgesprochenen allgemeinen Willen als den unverbrüchlichen aufzuweisen, sowie eben damit zugleich der Zweck, den durch das Verbrechen erzeugten idealen Schaden wieder aufzuheben, von selbst seine Befriedigung findet [2]. Endlich aber ist durch die aufgezeigte Nothwendigkeit, in der Strafe die Forderung

1) Vgl. Abegg, Strafrechtstheorieen. S. 67—72.
2) Abegg, a. a. O. S. 66. 67.

der Tilgung der Schuld als eine theils vom Subjekt selbst zu vollziehende, theils vom Staat vormundschaftlich zu befördernde anzuerkennen, auch die Intention befriedigt, den Verbrecher nicht dem Gemeinwohl zu opfern, sondern möglichst seine Erhaltung für den Staat zu erstreben. Alle diese Forderungen sind aber auf eine solche Weise erfüllt, daß der Staat in der Ausübung objektiver Gerechtigkeit zugleich subjektiv gerecht gegen die Freiheit des Individuums und ihre unantastbaren Rechte bleibt (§. 200).

Anm. — Dasselbe Resultat haben verschiedene in den romanischen Ländern hervorgegangenen Strafrechtstheorieen zu erreichen gesucht, in welchen ein tiefgreifender Einfluß der deutschen Philosophie, freilich selten in ihren letzten Phasen, deutlich ersichtlich ist. In Frankreich [1]) war auf das Extrem des Materialismus eine reaktionäre Glaubensphilosophie gefolgt (de Maistre, de Bonald, Lammenais, Eckstein), allein die herrschende Richtung war die von Rousseau und Bentham angeregte geblieben, die im St. Simonismus [2]) und den verwandten Systemen nur in eine neue Phase trat (mit dem Bewußtsein, daß der inhaltsschwere Begriff des Wohls, als Einzel- oder Gemeinwohls), sich nicht in dem Formalismus des abstrakten Rechts und des hierauf gegründeten Staats abschließe, vielmehr das Wohl materiell als Recht gesetzt und verwirklicht werden müsse). Dagegen trat mit der von Royer Collard und Cousin gestifteten Schule [3]) ein Umschwung ein, sofern diese Schule, an die deutsche Philosophie sich anschließend, zwar dem Empirismus

---

1) S. Mittermaier, in der krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Ausl. III. S. 414—444.
2) Warnkönig, ebend. IV. S. 78—102.
3) Warnkönig, ebend. II. S. 442.

nicht völlig absagte, aber die Hauptprobleme idealistisch zu lösen suchte. Insbesondere stellte sie sich nun auch den hergebrachten Nutzenstheorieen, denen fast alle kriminalistischen Schriftsteller Frankreichs folgten, entgegen. Cousin selbst[1]) sieht im Staate eine nothwendige Entwicklungsform der Menschheit, die bürgerliche Ordnung beruht ihm auf der Idee der Gerechtigkeit; diese aber, als dem Subjekte inwohnende Tugend, fordert die Expiation des Verbrechens. Diese Expiation kann aber nur durch die Strafe realisirt werden, indem der Verbrecher nicht nur mit sich selbst, sondern auch mit der Gesellschaft ausgesöhnt werden muß. Deshalb muß der Gesetzgeber an die Gesetzübertretung als Folge die Strafe knüpfen, welche dann allerdings zugleich dem Volke als heilsame Warnung dienen wird[2]). Gleicher Weise stützt der Herzog v. Broglie das Strafrecht auf die der moralischen Ordnung immanente Idee der gerechten Ausgleichung, welche sich subjektiv als Forderung der Expiation zeige. Zwar reicht diese Forderung über den Staat hinaus und in das moralische Gebiet hinein; aber, insofern sie neben der Forderung der innern Entsündigung auch die der öffentlichen Mißbilligung und der Gutmachung des Uebels enthält, so wird sie Norm für den Staat, der, zwischen den Beleidiger und den Beleidigten intervenirend, unpartheiisch die gerechte Ausgleichung vollzieht und dadurch zugleich den gesellschaftlichen Frieden sichert[3]). Aehnlich Guizot in seiner Schrift über die Todesstrafe. Zum System ausgeführt findet sich aber das Princip durch Rossi[4]),

1) Oeuvres de Platon. III. S. 142 ff.
2) Vgl. Carré in der Thémis VII. 7. S. 354.
3) Révue française. 1828. Sept. nr. V.
4) Traité de droit pénal. I. S. 246 ff.

bei welchem sich denn auch der relative Mangel dieser Auffassungsweise offenbart. Derselbe liegt darin, daß das Gesetz der Wiedervergeltung auf keine Weise deducirt ist, sondern reines Postulat bleibt, daß dasselbe ferner — als Gesetz der Vergeltung des Bösen mit Bösem — nur sehr oberflächlich aufgefaßt ist (sogar die Idee der Expiation ist, obgleich der Verfasser sich auf den H. v. Broglie beruft, nicht benutzt), und daß der wesentliche Unterschied zwischen moralischer und rechtlicher Vergeltung nicht als ein qualitativer, sondern — und zwar auf keineswegs genau bestimmte Weise — nur als ein quantitativer aufgewiesen ist. Das System enthält den richtigen Gedanken der Absolutheit des Wesens der Sittlichkeit, welches als Gesetz der freien Geisterwelt ebenso nothwendig sei, als das Gesetz der unfreien Natur, zugleich aber von letzterem Gesetze verschieden seyn müsse, eben weil die freien Wesen von den Naturdingen unterschieden seien. Nicht minder ist es wahr, wenn auch einseitig, daß die moralische Ordnung auf der Idee der Gerechtigkeit beruhe. Allein diese metaphysischen Sätze sind eben nur behauptet, und das Wesen der Gerechtigkeit ist nur nach seiner äußerlich unmittelbarsten Erscheinung aufgefaßt, wie denn auch über die Natur des Bösen alle tiefere Erörterung fehlt [1]). Eine solche würde auf die klare Erkenntniß des Unterschieds zwischen dem moralisch und dem rechtlich Bösen geführt haben. Statt dessen wird nun die rechtliche Gerechtigkeit nur als eine — jedoch unvollkommene — Erscheinungsweise der moralischen Gerechtigkeit vorgestellt, wodurch denn keiner von beiden Formen der Gerechtigkeit ihr Recht geschieht, insbesondere auch nicht der mora-

1) Eine solche Erörterung ist II. S. 24 geradezu, als zu hoch und geheimnißvoll, auf die Seite gewiesen.

lischen, die lediglich als eine jenseitige erscheint. Zwar ist nun wiederum die sociale Ordnung richtig als ein nothwendiges Produkt der praktischen Vernunft dargestellt, das sich unabhängig von der Willkühr der Individuen entwickle, seine Gesetze aber aus der Vernunft schöpfe, und sofort auch eine Macht zur Behauptung dieser Gesetze verlange [1]). Allein der Staat hat bei R. doch wieder sehr deutlich nur etwa den Kantischen Typus an sich; er ist die Vernunft in ihrer, nöthigenfalls zwangsweisen, Anwendung auf die Koexistenz und die freie Entwicklung der gleichgeltenden Einzelwillen. Daher findet sich auch dieselbe unklare Vermischung der Begriffe von Recht und Pflicht. Einerseits ist der Staat nur der negative Ausdruck des Gleichgewichts in der Freiheit der Einzelnen, andrerseits eine positive, vormundschaftliche, das Wohl befördernde Macht. Das Verhältniß des Individuums zu ihm wird als Pflichtverhältniß vorgestellt, daher auch das Unrecht als Pflichtverletzung. Eben damit wird aber die Reaktion des Staats gegen das Unrecht in ein ganz schiefes Licht gerückt. Der Staat soll sie, gleichsam als Stellvertreter der moralischen Gerechtigkeit, üben, sie soll bloße Erscheinung dieser letzteren seyn. Da nun die qualitative Differenz zwischen dem moralisch und rechtlich Bösen, Pflicht und Recht absichtlich verworfen ist, so muß R. nothwendig eine bloß quantitative substituiren, d. h. die sociale Gerechtigkeit als einen unvollkommenen Ausdruck der moralischen darstellen [2]). Daher denn die überflüssige Deduktion des Strafrechts als eines nothwendigen Mittels zur Erhaltung der socialen Ordnung, wobei es auf

1) I. S. 254—260.
2) I. S. 260—270.

gleiche [1]) Linie mit Erziehung, Polizei, Schadensersatzzwang rc. gesetzt, und wodurch seine Ableitung aus der moralischen Gerechtigkeit wieder problematisch gemacht wird. Freilich benützt R. jene Deduktion, um sofort die herkömmlichen Strafzwecke der Nutzungstheorieen zu rechtfertigen, wie er denn auch (S. 281) sogar auf die Feuerbachische Argumentation aus der Leerheit der bloßen Androhung auf die Nothwendig ihrer Vollziehung rekurrirt. Offenbar aber wird dadurch keine wahre Vermittlung [2]) des Strafprincips mit den Strafzwecken, sondern nur eine dualistische Vereinigung zweier verschiedenen Principien eingeleitet, so sinnreich auch R. diesen Dualismus dadurch zu verstecken weiß, daß er die Gerechtigkeit, die er nicht als konstitutives Princip für die Strafzwecke zu erweisen vermag, wenigstens zu ihrem regulativen macht. Offenbar bleiben sie doch von außen her aufgenommen, und die bloße Hinweisung auf die menschliche Unvollkommenheit [3]) genügt nicht zum Beweise, daß die sociale Gerechtigkeit einen beschränkteren Zweck habe, als die moralische, so wenig als die Unvollkommenheit der Beweismittel und der Strafmittel eine Beschränkung der Forderung des gerechten Maßes zu rechtfertigen vermag [4]). R. versichert zwar, daß diese bloß quantitative Beschränkung der wesentlichen Identität der socialen und der moralischen Gerechtigkeit keinen Eintrag thue; aber diese Versicherung wird durch die Dialektik der Sache widerlegt, indem die Ausführung selbst [5]) den logischen Grundsatz bewährt, daß die quan-

1) I. S. 274—280.
2) I. S. 121.
3) I. S. 282—288.
4) I. S. 294.
5) I. S. 289—306.

titative Differenz an einem bestimmten Punkt nothwendig zur qualitativen umschlägt, d. h. daß das Rossi'sche Gerechtigkeitsprincip von den nebenher zugelassenen Strafzwecken als Princip entnervt und in Widerspruch mit sich selbst gebracht wird. — Der Grund aber, warum Rossi das Nutzensprincip nicht wahrhaft zu bezwingen vermag, liegt offenbar darin, daß er die nothwendige Einheit des sittlichen Geistes von vorn herein nur als eine abstrakte auffaßt, und, statt ihren wesentlichen Unterschied in den Formen subjektiver und objektiver Sittlichkeit als einen diesseits existirenden zu erkennen, vielmehr die moralische Ordnung zu einer jenseitigen und die sociale zu deren mangelhaftem Abbilde im Diesseits macht, wodurch denn die Nothwendigkeit entsteht, eben aus dieser behaupteten Mangelhaftigkeit Beschränkungen der absoluten Gerechtigkeit nach von ihr unabhängigen, äußerlich aufgenommenen Zwecken und sonstigen Modalitäten abzuleiten, bei denen sie letztlich zur leeren Formel herabsinkt und als Princip völlig illusorisch wird. — Geht aber aus der Theorie von Rossi (da er zwar die Besserung als Strafzweck gleichfalls aufführt, aber ohne dieser relativ selbständige Geltung bei Bestimmung des Strafmaßes und der Strafarten einzuräumen) letztlich eine Präventionstheorie hervor, die ungefähr mit der Grolman'schen zu vergleichen ist, so findet die Einseitigkeit dieses Sicherungszwecks ihre Ergänzung in dem von Lukas [1]) einseitig durchgeführten Besserungszwecke. Lukas stellt sich gleichfalls der Nutzenstheorie entgegen, und will aus dem Princip der Gerechtigkeit argumentiren. Aber freilich fehlt ihm ganz die dialektische Kraft Rossi's, daher das Umschlagen der inten-

2) Du Système pénal.

dirten Gerechtigkeitstheorie in eine rein relative bei ihm viel offener zu Tage liegt. Sein System zeigt eine, zwar interessante, aber unphilosophische Mischung von Gedanken, die theilweise ganz verschiedenen Grundansichten angehören. Einerseits geht er aus von der Idee eines absoluten, substantiellen Seins, das in allen Existenzen das ewig Eine sei, aber in der Welt der freien Persönlichkeit auf eine andre Weise hervortrete, als in der Welt der unpersönlichen Natur. Er betrachtet die vernünftige freie Persönlichkeit als die selbstbewußte Existenz jenes ewigen Seins, darum auch als die Herrscherin über die Natur und als die Quelle des Rechts, das gar nichts Andres sei, als der Ausdruck der Substantialität (Unverletzlichkeit) der Persönlichkeit, wie sie auf gleiche Weise jedem Einzelwesen zukomme, dem die Persönlichkeit inhärire. Ja, er behauptet, daß die freien Personen nothwendig in der Gesellschaft leben müssen, und daß der Staat (in abstracto) die nothwendige Form der gesellschaftlichen Existenz sei. Statt nun aber eben deshalb den Staat selbst als substantielles Ganzes und Selbstzweck zu erkennen, in welchem das zunächst nur negative Recht der Persönlichkeit in eine neue Phase tritt und positives organisches Leben erhält, — bleibt er auf halbem Wege stehen und fällt nun andrerseits auf den Standpunkt Rousseau's zurück, indem er den Begriff des abstrakten (negativen) Rechts als das ganze Recht (im Gegensatze gegen die Moralität) fixirt und den Staat in concreto auf das Vertragsprincip gründet, daher in ihm auch nichts weiter erkennen will, als die zum Schutz der Persönlichkeit und der aus ihr fließenden negativen Rechte zusammengetragene Gesammtkraft [1]). — Dieselbe spekulative Halbheit spricht er in

1) A. a. O. (in der Uebersetzung von Samhaber) S. 69—170.

Beziehung auf das Strafrecht insbesondere offen aus. Er erkennt die Idee der Gerechtigkeit als eine ewige und nothwendige an und giebt zu, daß die Wiedervergeltung ein an sich wohl zu rechtfertigender Versuch gewesen sei, diese Idee im Strafrechte des Staates auszusprechen. Allein, da er jene Idee einzig als eine moralische faßt, da er gar keine Vorstellung von dem wahren Sinn derselben (der Manifestation des Unsittlichen als des in sich Nichtigen) hat, und eben deshalb in der Wiedervergeltung nur die Vergeltung des Bösen mit Bösem sieht, zwischen dem moralisch und dem rechtlich Bösen aber gar keinen Unterschied macht, so ist es freilich begreiflich, wenn er dem Staat — und besonders seinem Staat — die Möglichkeit einer adäquaten Durchführung jener reinmoralischen Idee abspricht, wenn er die krasse Vorstellung vorbringt, als müsse die Wiedervergeltung Talion seyn (ob er gleich selbst an das germanische Kompositionssystem erinnert), und als stelle sich dabei die Strafe nur als ein Abbild des Verbrechens, mithin selbst als Verbrechen dar, wenn er endlich gar auf die Gottesurtheile sich beruft [1]). Er kann nun allerdings nicht anders, er muß auf ein Präventionssystem kommen. Gerade hier wird aber seine Schrift sehr interessant, indem sie sehr deutlich den Uebergang von Feuerbach zu Grolman und Fichte nachbildet [2]), und zugleich die Lehre der Geschichte beleuchtet, daß steigende Kultur und Verstärkung der Macht des Staats stets von selbst den Uebergang vom Abschreckungs- zum Besserungssystem mit sich führt (§. 181 Anm.). Insbesondere spricht sich seine tiefe Achtung

1) A. a. O. S. 171—209.
2) A. a. O. S. 215—407.

für die Idee der Persönlichkeit auf's Schönste aus, und es ist sehr richtig, wenn er bemerkt, von einer Wiederherstellung der moralischen Ordnung könne nicht die Rede seyn, wenn in der Strafe die Idee der Persönlichkeit selbst mit Füßen getreten werde. — Wie Rossi und Lukas, so geht auch Lerminier[1]) von der Weltanschauung Cousins aus, wornach die absolute Substanz in der Welt der Natur und der Freiheit sich als die Einheit des wesenhaften Seins zur Erscheinung bringt, das Eine Gute, das Positive in Allem ausmacht und in der Form der physischen und der moralischen Ordnung sich offenbart[2]). Die moralische Ordnung, um sich zu verwirklichen, fordert die Freiheit des Menschen und deren Vermittlung mit der sittlichen Nothwendigkeit[3]). Die Freiheit fordert die Persönlichkeit, und diese, da sie nothwendig Vielheit ist, wird die Quelle des abstrakten (negativen) Rechts. Zugleich ist aber der Mensch ein sociales Wesen, und der Staat daher eine nothwendige Form für die Entwicklung der Gattung[4]). Hier geht Lerminier noch weiter, als Lukas, indem er auch den konkreten Staat als eine stetige Entwicklung Gottes, als des Wesens des Gesetzes auffaßt[5]). Um so mehr muß es auffallen, daß er, nachdem er überdies noch einen Anlauf zur Metaphysik des Bösen genommen hat (wo er freilich meint, daß die Philosophie noch nicht über Kant hinausgekommen sei), gleichfalls eine Strafgerechtigkeitstheorie vorbringt, die ihr Princip selbst ganz offen in ein Aggregat von

1) Philosophie du droit.
2) Lukas S. 217—220.
3) Lerminier I. S. 30—42.
4) Ebend. S. 43—47. 71 ff.
5) Ebend. S. 76.

Strafzwecken sich aufheben läßt [1]), ein Effekt, der freilich bei der durchgängigen Oberflächlichkeit der Ausführung wohl erklärlich ist. — Jedoch, auch abgesehen von diesem Herabsinken der gedachten Gerechtigkeitssysteme zum Synkretismus nicht deducirter Strafzwecke, leiden sie an dem Grundmangel des gesammten Cousin'schen Systems, der in seinem Eklekticismus besteht, und der ihnen eben den Rückfall aus der idealistischen Höhe in die gemeine Empirie erleichterte. So gewandt auch Cousin Momente des schottischen Sensualismus mit Kantischen Elementen und mit den großen Resultaten des objektiven Idealismus zu verbinden weiß, so kann diese geistreiche Verbindung doch nicht vergessen machen, daß die französische Philosophie, ehe sie in einem wahren Idealismus Ruhe finden kann, Phasen durchlaufen muß, die nicht ungestraft übersprungen werden, und die von Cousin anticipirt sind.

Auch in Italien wird mehrfach der Versuch der Emancipation von der Philosophie des vorigen Jahrhunderts gemacht, die insbesondre im Strafrechte in Italien zum Theil ihre größten Triumphe gefeiert hatte (Beccaria, Filangieri, Romagnosi). Auch hier findet sich aber die neue Richtung nur erst vereinzelt vor, während der herrschende Geist noch an Romagnosi oder Bentham [2]) festhält. In Beziehung auf das Strafrecht insbesondre hat das System von Rossi

1) Ebend. S. 171—199. Vgl. Warnkönig in der krit. Zeitschr. V. S. 1—28.

2) *Gioja* del merito e delle ricompense. *Raffaelli* nomotesia penale. *Demarco* Ragionamenti due sull' opera di Sg. Bexon. u. A. Vgl. Mittermaier in der krit. Zeitschr. XIV. S. 406—408. XV. S. 300 ff., besonders auch wieder *Giuliani* Istituzioni di diritto crim.

auch in seinem Vaterlande lebhafte Erörterungen über das Strafprincip auf's Neue hervorgerufen. Allein jener Emancipationsversuch hat wohl tiefere und breitere Wurzeln, und es ist auf eine Rekonstruktion, wenn nicht der gesammten, doch der ganzen praktischen, Philosophie abgesehen. Zwar ist nun die große Revolution in der deutschen Philosophie auch in Italien nicht unbeachtet geblieben. Aber in ihrer vollen Bedeutung begriffen und fruchtbar gemacht worden ist sie nicht (so spricht z. B. Poli [1]) von der philosophischen und der geschichtlichen Rechtsschule, als den in Deutschland blühenden, theilt erstere wieder in eine philosophisch-exegetische (wohin er rechnet „Schroder, Hasse, Zimmern, Schuster und die östreichische Zeitschrift") und eine philosophisch-transcendentale, welche ihrerseits wieder getheilt wird in die ältere (Kant) und die neuere (Thibaut und Hegel), deren Tendenz seyn soll, Ein universelles, absolutes Recht für alle Zeiten und Räume, als unmittelbar praktisches Recht, zu erfinden!). — Insbesondre scheint das Wesen des Kantischen Kriticismus unverstanden geblieben zu seyn, da selbst die tiefern Geister kein Arg daran haben, auf dieselbe Weise, wie Puffendorf [2]) und die übrigen deutschen Vorgänger von Kant, Empirie und Philosophie zu verbinden. Zwar finden sich nun Erscheinungen, denen man das Studium der Kantischen Rechtslehre insbesondre wohl ansieht, ja sogar solche, welche auf die Höhe des objektiven Idealismus [3]) sich zu erheben suchen. Aber sie bleiben eklektisch, da ihnen wenigstens das deutliche Bewußtsein des Grundproblems aller neueren Phi-

1) Saggi di scienza politico-legale. I. S. 44. 45. not. 3.
2) Derselbe ist noch i. J. 1841 neu herausgegeben und erklärt worden.
3) Trinchera hat Ahrens übersetzt. Mancini spricht von Stahl ꝛc.

losophie, d. h. der Lösung des Gegensatzes zwischen Seyn und Denken fehlt. Ganz und gar auf dem vorkantischen Standpunkte steht Carmignani [1]) (s. o.), den das richtige Bewußtsein leitet, daß der Geist nicht bloß eine Modifikation der Natur sei, daher er zwar noch, wie Romagnosi, den Realgrund der gesellschaftlichen Entwicklung in die Natur legt, dagegen die Vernunft zum regulirenden Princip macht. Dem nüchtern verständigen Denker erscheint der durchgeführte Idealismus als Phantasie und Poesie; da er den Geist nur in der Form der Endlichkeit erkennt, hat er keine Ahnung davon, daß die Natur auch wohl eine Modifikation des Geistes seyn könne, und so bleibt er bei dem aufrichtig erklärten Dualismus stehen, der jedenfalls methodischer ist, als der unkritische Eklekticismus Andrer unter seinen Landsleuten. In gewissem Sinne könnte man nun den Kantischen Fortschritt bei Baroli [2]) wiederfinden wollen, sofern wenigstens seine ganze Deduktion des Rechtsbegriffs auf's Unmittelbarste an die metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre erinnert, seine Begründung des Strafrechts insbesondre aber die offenbare Tendenz zeigt, den kategorischen Imperativ Kant's mit der konsequenten Weiterbildung des Systems durch Feuerbach zu vermitteln [3]). Es ist zwar mehr als zweifelhaft, ob dieser Fortschritt auch wirklich aus dem umfassenden Bewußtsein über die Rechte der Philosophie im Ganzen, aus dem Fokus der Kantischen Vernunftkritik hervorgegangen, und noch mehr, ob er in dieser Bedeutung von Andern gewürdigt worden sei. Indessen liegt darin

1) Teoria I. S. 37—96. Vgl. Prodromo d'un insegnamento della filos. del diritto.

2) *Baroli* diritto naturale. I. S. 63 ff.

3) Ebend. IV. S. 120 ff.

jedenfalls die methodische Entwicklung des bei Carmignani nur regulativ auftretenden rationellen Princips zum konstitutiven, obgleich der entschiedene Durchbruch zum subjektiven Idealismus nicht gewagt, vielmehr die Wirklichkeit noch in der zweideutigen Stellung, die ihr Kant giebt, belassen, und das Vernunftgesetz nur unter der Kategorie des Sollens aufgefaßt wird. In der gleichen Sphäre bewegen sich die Aufsätze von Bon-Compagni [1]), der sogar noch den weiteren Anlauf nimmt, auch die geschichtliche Entwicklung des Rechts aus der Entwicklung der Volksvernunft zu deduciren (wobei er die geschichtliche Schule der Deutschen einer treffenden Kritik unterwirft), nothwendig aber an der beschränkten Auffassung der Vernunft als subjektiv endlicher, worüber er zuletzt doch nicht hinauskommt, scheitern muß. Aehnlich verhält es sich mit Poli (s. o.), der zwar auf den ersten Anschein den Standpunkt von Carmignani zu behaupten scheint, offenbar aber mit der Behauptung, daß die rationalistische Methode durch die experimentale ergänzt werden müsse, ein viel tieferes Bedürfniß ausdrücken will, dessen Erfüllung ihm bei einem genaueren Studium der modernen deutschen Philosophie aufgehen müßte, während er der irrigen Meinung ist, daß diese noch heute reiner subjektiver Idealismus sei [2]). Denn er erklärt als einzige Quelle des Rechts die Vernunft, er verwirft den Gegensatz von Naturrecht und positivem Recht, er setzt das letztere zu einer bloßen Besonderung des Einen, allgemeinen Rechts in Raum und Zeit herab, er dringt auf die Einheit der sittlichen Idee, ohne darum den Unterschied zwischen

1) In den annali di giurisprudenza. 1840.

2) Freilich weiß er von Hegel nur durch Lerminier; aber auch so bleiben seine Mißverständnisse fast unbegreiflich.

Recht und Moral zu verkennen, er hat den richtigen Begriff, daß die Freiheit erst in der Rechtsordnung wirklich werde, daß der Staat eine Nothwendigkeit sei, er sieht in der Persönlichkeit die Grundlage und Möglichkeit des Rechts; insbesondre aber dringt er darauf, daß die Rechtsidee nicht bloß als regulirendes, sondern als konstitutives Princip erkannt werden müsse. So liegt ihm denn der Uebergang zum objektiven Idealismus, wofür seine Berufung auf den in der Geschichte manifestirten senso commune nur ein Nothbehelf ist, keineswegs fern, und es fehlt ihm nur an der Erkenntniß des im endlichen Geiste immanenten, und in Vernunft und Geschichte nur sich selbst entwickelnden Geistes. Für das Strafrecht insbesondre verwirft er alles Utilitätsprincip, und spricht aus [1]), daß es ganz auf dem Gedanken der absoluten Richtigkeit des Unrechts beruhe. Das gleiche Bedürfniß, Vernunft und Wirklichkeit in höherer Einheit vermittelt zu finden, bewegt aber auch andre italienische Philosophen, und zeigt sich bei ihnen, obgleich sie, wie Poli, nicht zum vollen idealistischen Durchbruch kommen, offenbar tiefer, als bei der eklektischen französischen Schule. In der That ist auch der idealistische Theil von Cousins Philosophie weit mehr der früheren, als der späteren Gestalt des objektiven Idealismus der deutschen Philosophie verwandt, wie er denn von jener auch die intellektuelle Anschauung geborgt hat, und seinem Absoluten zwar die absolute Substantialität und Kausalität beilegt, aber den Prozeß, wodurch es zum absoluten Geiste würde, unvollzogen läßt [2]). Ohne Zweifel hängt damit die Oberflächlichkeit

1) A. a. O. S. 29.

2) *Cousin* Cours de philosophie. 1828. Vgl. *Damiron* Essai sur l'histoire de la philos. S. 323 ff.

zusammen, womit Lerminier den geschichtlichen Progreß der Rechtsidee auffaßt, und nicht minder der entschiedene Rückfall in das Princip der schottischen Moralphilosophie, der sich bei Th. Jouffroy findet. Im Gegensatz hiezu zeigt sich bei den Italienern ein viel tieferes Gefühl der Nothwendigkeit, die geschichtliche Wirklichkeit als wirkliche Manifestation der Idee zu begreifen. Die Franzosen stehen dem subjektiven [1]), die Italiener dem objektiven Idealismus näher. Nur freilich gelingt es diesen nicht, den Sprung, den sie Rossi zum Vorwurf machen, anderweitig zu vermitteln, und sie bleiben gleichfalls eklektisch. Gleichwohl ist der Unterschied sehr fühlbar. Während nämlich der französische Eklekticismus, dessen Methode direkt auf die Ichphilosophie hinweist, dann aber ohne Berechtigung in das Identitätssystem überspringt, ohne den Scheidungsproceß zwischen Natur und Geist zu erreichen, eben dieser seiner passiven Mystik halber die Nation nicht zu befriedigen scheint, vielmehr theils seine eigenen Anhänger sich entweder dem subjektiven Idealismus principiell zuwenden, oder einen geschichtlichen Progreß der Idee behaupten, der eben darauf hinausläuft, theils die herrschende Philosophie in ihrem Drange nach der socialen Reform gerade in den subjektiven Idealismus hineinstrebt und dadurch den Materialismus zu bewältigen sucht, — während mithin die französische Philosophie im Ganzen darauf aus ist, die Idee des freien Ich zu erringen und seinen Idealen die Realität dienstbar zu machen, so findet sich gerade dieser aktive Drang, dieser praktische Durst des Sollens bei den Italienern weniger, vielmehr

---

1) Vgl. den ganz kantischen Catéchisme du droit naturel von *H. Jouffroy*. 1841.

rekurriren sie auf ihren Landsmann Viko und zeigen einen vorherrschend theoretischen Trieb. Sie ahnen den Gott in der Wirklichkeit, mit dem sie die Vernunft versöhnen möchten; die Wirklichkeit ist ihnen nicht das Schlechte, erst zu Idealisirende; sie möchten gerade das erringen, was der französische Eklekticismus anticipirt, aber der herrschende Geist wieder hat fallen lassen; ihnen ist es um das Identitätssystem zu thun, um die Bestätigung der subjektiven Vernunft durch die objektive. So wenig nun aber Poli dieses Bedürfniß auf dem rechten Wege zu befriedigen weiß, so wenig gelingt dies dem Grafen Mamiani [1]), der zu seinem Princip, daß das absolut Gute wirklich objektiv existire, auf eine Weise gelangt, die in ein ganzes Nest von unspekulativen Voraussetzungen blicken läßt, und am ehesten noch mit der Jakobischen Glaubensphilosophie in Verwandtschaft steht, weshalb auch der Tadel Rossi's von seiner Seite als ganz unbegründet erscheint. Denn der senso commune des Letzteren hat jedenfalls so viel Recht und Unrecht, als die verschiedenen Arten von Glauben (an ein höchstes Wesen, höchstes Gut, Werth der Tugend, Perfektibilität rc.), wovon der Erstere ausgeht. Dieser willkührliche Anfang zeigt denn auch seine unausbleiblichen Folgen in der Willkührlichkeit des Systems selbst. Während nämlich auf dem einmal eingenommenen Standpunkte keine weitere Berechtigung vorlag, als eine unendliche Annäherung zu dem absolut Guten, und zu diesem Behufe ein Moralgesetz und als Grundlage dafür die Freiheit des Menschen zu statuiren, mithin die Religion erst aus der Moral hervorgehen zu lassen und aller Unterschiebungen objektiver Wirklichkeiten unter die

1) Intorno alla filos. del diritto. S. 15—17.

übersinnlichen Begriffe sich zu enthalten, so nimmt im Gegentheil Mamiani gar keinen Anstand, die Existenz des absolut Guten unmittelbar als Realprincip zu behandeln, die endliche Welt als gegeben anzunehmen, und sofort die Existenz jenes absolut Guten in dieser Welt zu behaupten. Die ganze spekulative Rechtfertigung dieser Objektivität läuft, da der Verfasser an den ontologischen Beweisen für das Dasein des höchsten Wesens selbst Skrupel hat, auf einen sogenannten naturphilosophischen Satz, nämlich darauf hinaus, daß die Natur nicht täuschen wolle und könne, daß also aller spontane, universelle Glaube der Menschen innerlichst und unmittelbar Zeugniß objektiver Wahrheit sei, d. h. mit andern Worten: der Verfasser verzichtet auf die Spekulation, postulirt, was zu beweisen wäre, und behauptet nun von seinem Absolutguten, was ihm beliebt (er gesteht zwar, daß die weitere Anwendung jenes obersten Begriffs zunächst nur hypothetische Wahrheiten ergebe, aber diese hypothetischen Wahrheiten verwandeln sich in lauter Realität, die ihnen aus dem obersten Begriffe zufließe). Diese Behauptungen sind nun allerdings großentheils tiefe Wahrheiten, nur leider ohne Beweis; und eben darum mischen sich auch viele Irrthümer mit ein. Das absolut Gute hat dem Verfasser seine Existenz als Ordnung im (physischen und geistigen) Universum und macht dessen Ursache aus, indem es den endlichen Dingen sein Wesen mittheilt, ohne es darin zu erschöpfen; die Anordnung nämlich, wornach das Endliche als Mittel für das unendlich Gute zur größtmöglichen Theilnahme an diesem berufen ist, bildet die moralische Weltordnung. Was dieser entspricht, ist gut, was ihr nicht entspricht, bös. Im Wesen der moralischen Ordnung liegt es aber, daß das Gute Gutes, das Böse Böses fordert.

Giebt es nun intelligente freie Wesen, so haben sie die stete Pflicht, Gutes zu thun, d. h. die moralische Ordnung zu befolgen; thun sie das Gegentheil, so muß auf das Böse Böses erfolgen. Hierin liegt die richtige Einsicht in die unendliche Einheit der sittlichen Substanz; aber zur Idee ihrer Immanenz vermag sich der Verfasser nicht aufzuschwingen, obgleich er es versucht; vielmehr bleibt ihm das Unendliche und Endliche außer einander, und nur durch den Kausalitätsbegriff verknüpft. Während aber hiedurch das endliche Ich nicht einmal als Accidenz der Substanz des göttlichen gesetzt, sondern außerhalb desselben gestellt und auf die unendliche Annäherung mittelst der Erfüllung des sittlichen Gesetzes angewiesen wird, so wird andrerseits eine wahre Immanenz des absolut Guten in allen objektiv-sittlichen Gesetzen und Einrichtungen behauptet, insbesondre also der Staat als unmittelbare Existenz der moralischen Ordnung selbst gesetzt, daher auch mit dem göttlichen Rechte bewidmet, dem gegenüber für den Menschen nur die Pflicht übrig bleibt, während er ein Recht nur mittelbar haben kann, d. h. sofern er im Namen des Gesetzes irgend etwas fordern darf [1]). Daß es nun leicht ist, aus solchen Prämissen eine absolute Strafrechtstheorie zu konstruiren, liegt am Tage. Das Wahre daran ist denn auch die, darin nur ungeschickt ausgedrückte, Nichtigkeit des Unsittlichen in sich, welche schlechthin seine Wiederaufhebung fordert. Daß aber nach dem Vorhergehenden aller Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Sittlichkeit aufgehoben, mithin die specifische Wesenheit der Begriffe von Recht, Verbrechen und Strafe gänzlich verkannt ist, braucht keiner Auseinandersetzung.

---

1) A. a. O. S. 19—26.

Gerade die Hauptprobleme, welche Handlungen als Verbrechen anzusehen, wie moralische und physische Uebel in Gleichung zu bringen seien 2c., sind daher auch auf die willkührlichste, und theilweise oberflächlichste Weise gelöst [1]). — So sehr nun der Verfasser gegen den Vorwurf des Eklekticismus protestirt, so trifft er ihn doch offenbar mit Recht. Sein ganzes System strebt, objektiver Idealismus zu werden, die unendliche Einheit und Immanenz der sittlichen Substanz zu begreifen; aber dies bringt er nur halb zu Stande, da er in Beziehung auf das Verhältniß des Absoluten zum endlichen Ich vom Standpunkte der Transcendenz nicht loskommen kann, daher hier doch wieder den Progreß in's Unendliche, den quantitativen Unterschied, die Trennung von Jenseits und Diesseits anbringt, und somit zum Princip des Ganzen nicht den Begriff der Substantialität, sondern den der Kausalität macht, wodurch alle in der ersteren Richtung ausgesprochenen tiefen und wahren Gedanken wieder in Widerspruch mit sich selbst kommen. — Diese Verwirrung wirft denn auch Mancini [2]) seinem befreundeten Gegner mit Recht vor, nur daß er freilich ganz als Reflerionsphilosoph argumentirt, dem gerade der spekulative Drang Mamiani's, die unendliche Einheit des absoluten sittlichen Geistes zu begreifen, ein Unbegreifliches bleibt. Er selbst hat zwar an Kant Allerlei auszusetzen, will namentlich die Idee Gottes der Moral zur Quelle geben, statt sie erst daraus abzuleiten, und damit ein Realprincip für die Ethik erlangen; allein, hievon abgesehen, argumentirt er wesentlich vom

1) A. a. O. S. 27—48. Der Verf. hilft sich mit den Kategorieen der Möglichkeit und der Konvenienz, und mit dem Satz, daß man von zweien Uebeln das geringere wählen müsse.

2) A. a. O. S. 57—129.

Kantischen Standpunkte aus, indem er insbesondre auf die Unterscheidung von Moral und Recht dringt und die Rechtssphäre als die des Menschen der Erscheinung bestimmt, der mithin darin als ein aus Vernunft und Sinnlichkeit gemischtes Wesen genommen und folgeweise nicht unter das reine Moralgesetz, sondern nur unter ein Gesetz gestellt werden könne, das dem Wesen seiner Persönlichkeit adäquat, mithin eben sowohl auf sein Wohl, als auf das abstrakte Recht berechnet sei. Dabei scheint er denn freilich zu übersehen, daß er (was er läugnet [1]) die Vernunft um ihre Autonomie bringt und auf den Leibnitz-Wolffischen Standpunkt zurückfällt, während er über Kant hinauszuschreiten meint. Er zeigt geschickt, daß die Identifikation von Moral und Recht nichts tauge, daß das Gute, und eben darum auch die Pflicht, keine Grade habe, daher vom Recht und Verbrechen wesentlich verschieden seyn müssen, daß das positive Rechtsgesetz nicht unmittelbar mit dem absoluten Sittengesetze identificirt werden dürfe [2]), daß die Behauptung, das Recht inhärire wesentlich nur Gott, die Pflicht dem Menschen, und dieser habe nur Rechte durch Mittheilung von Seiten Gottes, eine sehr gefährliche und sowohl den Begriff der Moral als des Rechts aufhebende sei, daß eben darum auch das Strafrecht nicht auf die Idee der moralischen Gerechtigkeit gegründet werden könne. Eben hier weist Mancini treffend die oben angeführte Willkührlichkeit nach, womit sein Gegner die Handhabung des Strafrechts durch den Staat, die Gleichung zwischen moralischen und physischen Uebeln, die Beschränkung des Strafrechts auf wirkliche Ver-

1) A. a. O. S. 63.
2) Gerade hier übersieht freilich Mancini die tiefere Wahrheit, die gleichwohl in des Gegners Sätzen liegt.

brechen, der Aufstellung eines brauchbaren Maßstabs für die Strafbarkeit zu rechtfertigen sucht. Nur freilich schüttet er das Kind mit dem Bade aus, indem er mit dem Princip der moralischen Gerechtigkeit auch zugleich das der rechtlichen, d. h. das allein so zu nennende Gerechtigkeitsprincip als unhaltbar aufgezeigt zu haben sich einbildet. Das Resultat ist endlich, daß beide Schriftsteller zu synkretistischen Straftheorieen kommen, Mancini ausgesprochener Maßen, Mamiani, ohne es Wort haben zu wollen, aber darum doch nicht minder, und aus keinem andern Grunde, als es bei Rossi der Fall ist. — Der tiefsinnigste unter den neueren Philosophen Italiens, freilich auch der wunderlichste, ist ohne Zweifel der Abbate Rosmini [1]) (in Roveredo), der an spekulativer Kraft alle bisher Genannten überbietet, ebenso aber wieder unphilosophischer ist, als sie Alle, da er den absoluten Geist unbedenklich unmittelbar mit dem Gott der christlichen Offenbarung, ja noch näher mit dem Gott des Katholicismus identificirt, — und zwar auf eine so auffallende Weise, daß man sein System einen materialisirten Idealismus nennen kann. Empirische Voraussetzungen giebt es für ihn nicht, die gedachte Eine ausgenommen, die er spekulativ konstruirt zu haben meint. Er kennt kein Seyn, als das der Idee, welches in der menschlichen Intelligenz zum Bewußtsein wird. Diese Immanenz des Seyns schließt ihm aber die menschliche Freiheit nicht aus, da die Intelligenz zwar der Potenz nach nothwendig bestimmt, dagegen die aktive Reflexion und der daraus hervorgehende Wille frei sind. Die Sittlichkeit besteht ihm

1) S. über ihn den neulich erschienenen Artikel von Ferrari in der Revue des deux mondes.

sodann in der theoretischen und praktischen Anerkenntniß jener immanenten Wahrheit, welche eine That der Freiheit seyn muß, das Böse daher in der freiwilligen Losreißung aus der Einheit des substantiellen Seyns, die mithin nicht bloße Bestimmtheit des Willens, sondern zugleich der Intelligenz, d. h. des ganzen Geistes ist, und wodurch die Person sich selbst ihrer Würde, ihrer Theilnahme am Seyn, beraubt. Umgekehrt ist das sittlich Gute (d. h. die freie Erkenntniß und Bethätigung des immanenten Seyns) der Punkt, wo das subjektiv Gute mit dem objektiv Guten eins wird, die Person an dem ewigen Seyn selbst Theil nimmt und mit ihm sich erfüllt [1]). — Nach solchen Prämissen versteht es sich von selbst, daß in einem solchen Systeme Recht und Moral nicht auseinander fallen können. Vielmehr erklärt Rosmini das Recht für die Vermittlung der Moral mit der Eudämonologie, und definirt es als eine durch das Sittengesetz geschützte Macht der Person, für ihr Wohl thätig zu seyn, ohne von Andern daran gehindert werden zu dürfen. Damit ist nun freilich das Recht nur nach der subjektiven Seite ausgesprochen, wie denn auch der Begriff der Persönlichkeit der höchste in dem Systeme bleibt. Daß der Verfasser Recht und Staat als das System der objektiven Sittlichkeit auffassen werde, war nicht zu erwarten, da er damit dem Primat der Kirche präjudicirt haben würde. Daher kommt es wohl auch, daß er den Staat nicht als Selbstzweck, sondern nur als Mittel für die Realisirung des persönlichen Rechts und Wohls gelten läßt [2]).

---

1) Filosofia del diritto S. 61—81. Vgl. N. Saggio intorno l'origine delle Idee. — Principi della Scienza Morale. — Storia compar. dei sistemi morali. — Antropologia.

2) La Società ed il suo fine und Fil. del dir. S. 664—670. Mit

Immerhin aber hat er die richtige Einsicht, daß der Formalismus des Kantischen Rechtsbegriffs nicht genügen könne, den er daher mit dem Momente des eudämonologischen Wohls ausfüllt. Ebenso widerstrebt ihm die Fichtische Konsequenz des subjektiven Idealismus, und noch viel mehr die materialistische Konstruktion des Rechts von Romagnosi, Bentham ꝛc. Daß er aber gleichwohl darauf besteht, das Recht nur als das Sittlich-erlaubte aufzufassen, dem die Funktion des Zwangs inhärire, dagegen die Anerkennung desselben als einer dem subjektiv Sittlichen koordinirten objektiv sittlichen Nothwendigkeit, die ihre eigene Daseinssphäre haben muß, geflissentlich umgeht, das gehört mit zu den unumgänglichen Widersprüchen, wozu ihn sein religiöser Empirismus nöthigt, und welche zu beseitigen er vergebens die ganze Kraft seines Scharfsinns aufbietet. Gerade seine Grundlegung des Strafrechts ist es nun insbesondere, bei welcher diese Irrationalität auf eine merkwürdige Weise hervortritt. Er verwirft die Theorieen der Utilitarier, insbesondre die Romagnosische Konstruktion des Strafrechts als Vertheidigungsrechts; er proklamirt das Princip der Gerechtigkeit, — und gleichwohl endet er eben da, wo Rossi endet, nur mit dem Unterschiede, daß er gerade heraus sagt, was dieser verschweigt oder wenigstens hinter unbestimmten Formeln verhüllt. — Er geht [1]) aus von dem Grundsatz, daß jedes Recht als solches unverletzlich sei, weil es (sei es Recht einer individuellen oder der Kollektivperson des Staates) ein integrirendes Moment der Persönlichkeit und ihres durch

bestem Rechte und großer Kraft bekämpft übrigens Rosmini den Staatsabsolutismus, und vertheidigt den absoluten Werth der Persönlichkeit. S. 672—686.

1) Filos. del dir. S. 656—785.

das Sittengesetz geschützten Wohls bilde. Jede Verletzung rufe nun die der Potenz nach in jedem Rechte ruhende Macht des Zwanges zur Aktualität hervor, und dieser Zwang äußere sich auf eine doppelte Weise, nämlich als Vertheidigung (resp. Prävention) gegen die noch bevorstehende, und als Entschädigungszwang gegen die vollbrachte Rechtsverletzung. — Die Vertheidigung an sich nun bedarf ihm keiner weiteren Rechtfertigung, die vielmehr in demselben Sittengesetze liegt, durch welches das zu vertheidigende Recht selbst autorisirt wird. Wohl aber bedarf es einer besonderen Rechtfertigung für die Vertheidigung, sofern sie so weit gehen soll, einem Andern einen Schaden zuzufügen. Diese liegt aber in dem Grundgesetze der Gerechtigkeit, wornach, wie das moralisch und das eudämonologisch Gute, so das moralische und eudämonologische Uebel in demselben Subjekte sich ausgleichen, d. h. jede freiwillige Ursache des Bösen die gerechte Strafe erleiden muß. Da nun jeder Angreifer eines fremden Rechts freiwillige Ursache theils des Bösen, das er selbst begeht, theils des physischen Uebels des Angegriffenen ist, so erleidet er den durch die nothwendige Vertheidigung des angegriffenen Rechts für ihn resultirenden Schaden als gerechte Strafe [1]). — Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Recht der Entschädigung. An sich braucht es keiner weiteren Rechtfertigung; diese liegt vielmehr in dem Begriff des Rechts selbst, als einer von dem Sittengesetze beschützten Thätigkeit, womit die Persönlichkeit irgend ein Objekt ihres Wohls in der Identität mit sich erhält; sofern nämlich diese Thätigkeit das ihr entrissene Objekt wieder an sich bringt, ist sie einfache Wiederherstellung der sittlichen Ordnung selbst.

1) A. a. O. S. 696—698.

Dagegen braucht es wiederum einer besonderen Rechtfertigung, sofern mit dieser Wiederherstellung ein Schaden oder Schmerz für den Verletzer des Rechts verbunden seyn soll. Diese liegt aber, wie oben, in dem Grundgesetze der Gerechtigkeit, wornach der freiwillig Unrechthandelnde Strafe verdient [1]). — Wenn gleich aber hiernach die Persönlichkeit die gedachten beiden Rechte an sich hat, und sie selbst in der Weise, daß dem ungerechten Angreifer Schaden zugefügt werden darf, besitzt, so ist doch das hier intervenirende Strafrecht kein Recht der Person, sondern dieses Recht macht nur die Ausübung der gedachten Rechte der Person in der gedachten Ausdehnung möglich. — Das Strafrecht kommt aber der Person — und, da der Staat nur Kollektivperson ist — auch dem Staate nicht zu aus folgendem Grunde. Nicht etwa, weil das Gesetz der Wiedervergeltung an sich eine Ungerechtigkeit und Barbarei wäre [2]), noch weil wegen der Gleichheit der Menschen nicht einer über den andern urtheilen könnte, noch weil es etwa dem Einzelnen oder dem Staate nicht möglich wäre, juridische Gewißheit von der Existenz des Verbrechens und der Schuld zu erlangen, noch weil je eine nach dem Gesetze der Talion verhängte Strafe für die wahre Schuld zu streng seyn könnte, sondern bloß deswegen, weil der Mensch das Strafrecht gerade aus dem Grunde nicht ausüben kann, aus welchem seine Ausübung allein der Idee der Gerechtigkeit entspricht. Er könnte es nämlich an sich aus vier Gründen ausüben: 1) aus lauterer Liebe zur Gerechtigkeit selbst, 2) aus Liebe zu sich selbst, 3) aus Liebe zum verletzten Nächsten, 4) aus Liebe zu

1) A. a. O. S. 767. 768.
2) Solche Behauptungen nennt Rosmini ungesalzenes Geschwätz.

Gott, d. h. seine Ausübung kann von dem Menschen als allgemeinem, oder von ihm als besonderem Willen ausgehen. Natürlich ist es nun dem Verfasser leicht, zu zeigen, daß das vom besondern Willen (ad 2. 3) ausgehende Strafrecht nur Rache und somit der Gerechtigkeit nicht adäquat sei. Allein er glaubt auch beweisen zu können, daß vom Standpunkte der Persönlichkeit und des Staats aus kein vom allgemeinen Willen ausgehendes Strafrecht möglich sei. Er giebt zwar zu, daß in der menschlichen Natur eine Neigung zur objektiven Gerechtigkeit liege, und daß es Fälle geben könne, in welchen der Mensch, mit voller Gewißheit über die Schuld, aus reinem Interesse an der Gerechtigkeit das Gesetz der Wiedervergeltung übe, — und in der That konnte Rosmini, bei seiner Ansicht über die Immanenz des Absoluten, ohne ein solches Zugeständniß nicht wegkommen. Wenn man nun aber erwarten sollte, daß er eben im Staate den allgemeinen Willen anerkennen werde, der ohne Trübung durch die Interessen des Einzelwillens, aus reiner Liebe zur Gerechtigkeit und ihrem göttlichen Wesen, die Reaktion gegen das Verbrechen übe, — so tritt nun eben hier der schneidende Widerspruch, an dem die gesammte Weltanschauung des Verfassers leidet, wieder auf die unverblümteste Weise hervor. Er wird plötzlich wieder transcendent, — nicht um es zu bleiben, sondern weil er den transcendenten Gott nothwendig hat, um die Kirche als seine specifische Erscheinung dem Staat auf den Nacken zu setzen. Eben deshalb ist ihm denn der Staat nicht die allgemeine Persönlichkeit, sondern nur eine Kollektivperson, eine Gesellschaft, in welcher mithin dieselben Mängel fortdauern, die an der einzelnen Persönlichkeit sich finden. Der Staat ist nicht reiner allgemeiner Wille, kann nicht

Organ der Gerechtigkeit an und für sich seyn. Denn der Staat ist nur der multiplizirte Mensch, und durch den Sündenfall hat der Mensch jene Fähigkeit verscherzt. Vielmehr sagt die Schrift: „Mir gehört die Rache" spricht der Herr; — und das ist auch für die Menschen sehr gut; denn, wollten sie ihr Unrecht auf gerechte Weise strafen, so müßte das ganze Geschlecht sich vertilgen, wogegen Gott neben der Gerechtigkeit die Barmherzigkeit selbst ist. — So deducirt, offen und unumwunden, Rosmini die bloße Relativität der menschlichen Gerechtigkeit, sowie die niedrige Stellung des Rechts und des Staats in der gesammten sittlichen Ordnung überhaupt. Die irdische Gerechtigkeit hat es nicht mit dem Wesen im Unrecht, sondern nur mit seiner äußern Erscheinung als Schaden zu thun, gegen den sie das Recht der Vertheidigung und der Entschädigung ausüben kann, und solchenfalls auch als relatives Organ der Idee der Gerechtigkeit selbst ausübt [1]). Eben hiemit stellt er sich gleichwohl wieder den Theorieen von Romagnosi und ähnlichen entschieden gegenüber [2]), wie er denn auch durch geschichtsphilosophische Ausführungen seiner Ansicht die objektive Probe zu verschaffen sucht. Uebrigens besondert sich ihm das Vertheidigungsrecht näher zu vier Rechten: dem der einfachen Vertheidigung, dem der Prävention, dem der Repression durch Strafdrohung, und dem der Garantie [3]); ebenso das der Entschädigung zu dem Rechte der Wiedererstattung und der Vergütung. Mit der Ausübung eines jeden dieser Rechte entsteht eine Superiorität über den, gegen den

1) A. a. O. S. 698—709. 761—766.
2) Ebend. S. 715. 716.
3) Ebend. S. 732—754.

es ausgeübt wird [1]). Da nun der Staat specifisch aus dem Rechte der Garantie entsteht, diese sich aber auf eine dauernde Gefahr stützt, so bringt Rosmini auf diesem Wege doch noch die Superiorität des Staats heraus, der nun insbesondre in der Form der Prävention und Repression des verbrecherischen Reizes durch Strafandrohung das Vertheidigungsrecht auszuüben, in Beziehung auf das Vergütungsrecht aber das Gesetz der Menschlichkeit zu befolgen hat, welches gebietet, dem Verletzer so wenig als möglich Schaden zuzufügen, wie eben insbesondre noch das Recht der Familie und der Kirche auf die erziehende Strafgerechtigkeit gegenüber der Strafgerechtigkeit des Staats vertheidigt wird [2]).

Dritter Abschnitt.

Anwendung der Strafe auf das Verbrechen.

§. 208.

Indem sich das Verbrechen als unendliche Negation dessen, was den Grund des Staats selbst ausmacht, die Strafe dagegen als die von Seiten des Staats zu vollziehende Wiederaufhebung dieser Negation in der Totalität ihrer Momente aufgewiesen hat, so ist damit von selbst die Nothwendigkeit für den Staat ausgesprochen; 1) die Anwendung der Strafe auf das Verbrechen auf begriffsgemäße Weise zu realisiren. Da jedoch die im Verbrechen liegende sittliche Negation ihre Wiederaufhebung durch den Staat nur zu dem gedoppelten Zwecke verlangt, damit dem

1) Ebend. S. 784. 785.
2) Ebend. S. 771. n. 1.

im Gesetz objektivirten sittlichen Geiste genug gethan und in dem Willen des Verbrechers subjektiv das Unrecht getilgt werde, dieser Zweck jedoch als ein vom Staate zu realisirender hinwegfällt, wenn er auf andre Weise erreicht wird, so ergiebt sich 2) die Nothwendigkeit für den Staat, sich der Strafe zu enthalten und die Tilgung des Verbrechens in andrer Form anzuerkennen, wenn diese als ein Akt des Unendlichen für sich im Tode des Verbrechers oder in der Verjährung eintritt. Diese Macht des Unendlichen tritt aber 3) auch innerhalb des Staats selbst auf und realisirt sich hier als Einheit der beiden andern Formen, nämlich als Aufhebung des Verbrechens durch den in der Form der Subjektivität sich bethätigenden unendlichen Willen, d. h. durch die vom Staatsoberhaupt ausgehende Gnade [1]).

I. Verhältniß der Strafe zum Verbrechen.

§. 209.

Die Strafe ist die unmitttelbare Wiederaufhebung der im Verbrechen liegenden sittlichen Negation an dem endlichen Willen, der sie gesetzt hat. Dieselbe hat, nach dem bisher Ausgeführten, die Tilgung der verbrecherischen Schuld durch die Verwirklichung der objektiven Genugthuung zum Zweck, daher ihr Princip die Wiedervergeltung nach dem gerechten Maße seyn muß. Dieses Prinzip in der Weise zu verwirklichen, daß auch die übrigen Strafzwecke in ihrer relativen Nothwendigkeit Anerkennung finden, mithin den Begriff der Strafe in seiner organischen Totalität zu realisiren, ist die Aufgabe des Staats. Da nun der Begriff des Verbrechens in qualitativer und quantitativer Bestimmtheit zum Dasein gelangt, so muß auch die

1) Wirth, Ethik. II. S. 318. 319.

Strafe die gleiche Maßbestimmtheit erhalten. Diese Maßbestimmtheit ist aber, wie jede endliche, eine doppelte, — nach Arten und Individuen. Wie nun der Begriff des Verbrechens sich in bestimmte Arten auseinanderlegt, diese Arten aber wieder relative Allgemeinheiten sind, innerhalb deren erst das konkrete Verbrechen als individuelle Einzelheit wirklich werden kann, so muß auch der Begriff der Strafe zu bestimmten Arten sich besondern, und sofort in der bestimmten Art erst für das konkrete Verbrechen die konkrete Strafe ermittelt werden. Handelt es sich aber hier um wesentlich unterschiedene Funktionen, so werden auch im Staate diese Funktionen an verschiedene Gewalten sich vertheilen müssen, deren eine das Allgemeine an Verbrechen und Strafe, ihren Begriff und ihre Arten, als absolute Norm zu setzen, die andre aber diese allgemeinen Normen an den konkreten Fällen durchzuführen hat. Es ist mithin zunächst a) durch die gesetzgebende Gewalt das Verhältniß zwischen Verbrechen und Strafe überhaupt und zwischen ihren Arten, sowie die allgemeine Norm festzusetzen, wornach innerhalb dieser sich entsprechenden Besonderheiten die konkrete Strafe für das konkrete Verbrechen ermittelt werden muß. Sodann hat b) die richterliche Gewalt diese allgemeinen Normen an der unendlichen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle wirklich zu vollziehen. Da nun aber das Verhältniß dieser beiden Gewalten ein solches ist, daß die zweite, obgleich zu relativ freier Selbstbestimmung berechtigt, gleichwohl durch die von ersterer gesetzten Schranken schlechthin gebunden erscheint, während andrerseits die Natur der gesetzgebenden Gewalt die Abstraktheit ihrer Normen nothwendig mit sich bringt, so entsteht c) für diejenigen Fälle, in welchen die abstrakte Realisirung des Gesetzes zu einem Widerspruch desselben mit seinem Zwecke führen würde, das Bedürfniß, eine solche Antinomie zu lösen. In der Entstehung dieses Be-

dürfnisses aber, welches nur durch die die besondere Gewalten in die Einheit zusammenfassende Centralgewalt erfüllt werden kann, offenbart sich die Relativität der am endlichen Willen des Verbrechers selbst sich vollziehenden Gerechtigkeit, und es zeigt sich die Forderung weiterer Formen für ihre Erscheinung.

A. Die Strafgesetzgebung.

§. 210.

Die gesetzgebende Gewalt hat die Aufgabe, den Begriff des Verbrechens in seiner stufenweisen Aktualisirung von der niedersten bis zur höchsten Verbrechensart zu fixiren, desgleichen den Begriff der Strafe in seine Arten zu besondern, und für jede Verbrechensart die entsprechende Strafart festzusetzen. Die Möglichkeit hievon liegt in dem bisher gelieferten Beweise, daß die Strafe nichts Anderes sei, als die Wiederaufhebung des endlichen Willens in demselben Umfang und derselben Intensität, worin er sich selbst im Verbrechen als die Aufhebung seines eigenen Wesens gesetzt hat. Hieraus erhellt nämlich, daß Verbrechen und Strafe ebenso homogene, wie heterogene Größen sind, und daß jedes Verbrechen die Maßbestimmtheit seiner Strafe in sich selbst hat. Denn in jedem Verbrechen ist die Schuld ein Produkt aus der objektiven Größe des verletzten Rechts und seiner Verletzung einer-, und dem Grade, worin dies Objektive auch subjektiv im Wissen und Willen gesetzt war, andrerseits. Die objektive Größe des Verbrechens ist aber selbst nichts Anderes, als ein bestimmter Grad, in welchem der Wille in einem seiner Medien verletzt ist. Eben deshalb ist es möglich, dafür eine entsprechende Verletzung des Willens in einem seiner Medien als Strafe festzusetzen. Wie gesagt, ist jedoch das Verbrechen nicht bloß eine objektive,

sondern wesentlich zugleich eine subjektive Größe, und gerade seine Subjektivität, d. h. der Grad der Intensität, worin die objektive Größe im Wissen und Willen des verbrecherischen Subjekts gesetzt war, macht seine übergreifende und specifische Bestimmtheit aus, wodurch es sich von dem bloß durch den Werth des verletzten Objekts bestimmten Civilunrecht unterscheidet. Wenn denn hieraus folgt, daß die Strafe einerseits nach der Objektivität des Verbrechens, andrerseits nach der Subjektivität desselben sich bestimmen, daß aber das letztere Moment das übergreifende seyn muß, weil die Strafe wesentlich Aufhebung des verbrecherischen Willens ist, so ergiebt sich zugleich, daß die Gleichheit, die im Begriff der wiedervergeltenden Strafe liegt, keine äußere Gleichheit der objektiven Verletzung und der am Willen des Verbrechers zu setzenden Verletzung zu seyn braucht, noch seyn darf. Vielmehr handelt es sich nur um die Gleichheit beider Verletzungen hinsichtlich ihrer Reflexion in den Willen, also hinsichtlich der Subjektivität des Verbrechens, wobei dessen Objektivität nur das untergeordnete Moment bildet. Damit ist die Möglichkeit und Nothwendigkeit eines Parallelismus der Verbrechens- und der Strafarten gegeben, sowie die Grenzen, über welche die Skala der Strafen weder hinauf, noch hinunter gehen kann [1]). (S. den zweiten Theil.) Zugleich ist damit angedeutet, wie es sehr wohl möglich ist, den wohlverstandenen Besserungszweck mit dem Princip der objektiven Genugthuung zu vermitteln, d. h. ein ebenso humanes, als gerechtes Strafsystem spekulativ zu rechtfertigen.

Anm. — Die neuerdings oft aufgeworfene und von der legislativen Praxis in der Regel verneinte Frage, ob ein Strafgesetzbuch auf ein Strafprincip gebaut seyn solle, — ist nach allem Bisherigen natürlich

1) Wirth, Ethik. II. S. 325.

zu bejahen. Das Hinderniß gegen die Möglichkeit und Nothwendigkeit dieser Bejahung liegt auch in der That nur in der spekulativen Halbheit, welche aus den Motiven der neuen Gesetzgebungen erhellt, sofern diese sammt und sonders auf dem Boden der Reflerionsphilosophie stehen und daher von dem Irrthum nicht loskommen können, daß Idee und Wirklichkeit zwei disparate Mächte seien. Einerseits will man daher die Philosophie nur als Regulativ für die mitgebrachten empirischen Voraussetzungen gelten lassen, andrerseits glaubt man (wozu allerdings eine gewisse Rechtfertigung vorliegt), den soliden wissenschaftlichen Grund für die Gesetzgebung nur im Eklekticismus zu finden, der allen verschiedenen Strafzwecken neben einander Recht giebt, worin ja auch mehrere neuere Straftheorieen die wahre Gerechtigkeit sehen und sich ebendeshalb Gerechtigkeitstheorieen nennen. Allein es ist klar, daß dieser Synkretismus den Forderungen der Wissenschaft nicht genug thut, und daß an die Stelle der bloß mechanischen Vermittlung eine organische treten muß, welche ohne Einheit des Princips nicht denkbar ist. Je gewisser es aber ist, daß alle seit hundert Jahren in Deutschland hervorgetretenen Strafgesetzgebungen auf dem Grunde der jedesmal herrschend gewesenen Philosophie stehen, und daß ebendeshalb von keiner derselben die organische Durchführung des wahren Gerechtigkeitsprincips erwartet werden darf, um so mehr muß es verwirren, wenn Abegg [1]) nicht nur in allen diesen Gesetzgebungen, sondern sogar in den Quellen des gemeinen deutschen Rechts eben nur jenes Princip herrschend finden will. Was namentlich das gemeine Recht betrifft, so wäre es vielmehr eine

---

1) S. seine Strafrechtstheorieen. S. 74—171.

noch zu lösende Aufgabe der Geschichtsphilosophie [1]), zu untersuchen, ob nur überhaupt das deutsche Recht in Beziehung auf Verbrechen von jeher wahres Strafrecht gewesen, wann vielmehr dieser Begriff erst in seiner Wahrheit hervorgetreten und welches die Phasen seiner Entwicklung gewesen seien, was namentlich das römische und kanonische Recht dazu beigetragen, und ob insbesondere das erstere den Begriff der Strafe von dem des Schadensersatzes ganz gereinigt, ob es vindikative und korrektive Strafgerechtigkeit gesondert und ob es wirklich in seinem öffentlichen Strafrecht eben nur dem Princip der Gerechtigkeit gehuldigt habe [2])?

Dagegen hat Abegg [3]), und haben Richter [4]) u. A. den nach und nach breit getretenen Einwürfen gegen die Theorie der gerechten Wiedervergeltung namentlich dies mit Recht entgegnet, daß auch die relativen Theorieen, wenn gleich im Widerspruch mit ihrem Princip, doch immer auf die Forderung des gerechten Maßes zurückkommen, daher der Vorwurf der Unfruchtbarkeit dieses Princips auf sie selbst zurückfällt. Indessen muß allerdings dieser Vorwurf in Beziehung auf die bisher hervorgetretenen Gerechtigkeitstheorieen als ein nicht unverdienter anerkannt werden, sofern diese bald über den abstrakten Gedanken des gerechten Maßes nicht hinauskommen und insbesondre das Verhältniß des Strafprincips zu den Strafzwecken keineswegs durchzuführen wissen, bald aber auch, wenn sie wirklich um einen Inhalt für die leere Form sich bemühen, entweder mit

---

1) S. auch Stein, Haller A. L. Z. 1844. nr. 253—255.
2) Vgl. Rein, Krim.-Recht der Römer. S. 77—88.
3) A. a. O. S. 58 ff.
4) Philos. Strafrecht. S. 174 ff.

Kant in die rohe Talion, oder mit Andern in das privatrechtliche Gebiet des Schadensersatzes fallen, oder wenigstens theilweise, wie Hegel bei der Rechtfertigung der Todesstrafe, einen Gleichungsmaßstab vorbringen, dessen Konsequenzen in's Vage ausgehen oder von keiner praktischen Brauchbarkeit sind. Eben dies ist auch wohl der Grund, warum Abegg, obwohl er sich bestrebt, dem Princip auch in abstracto Inhalt zu geben, doch endlich den Knoten damit durchhaut, daß er sich ganz auf das Gebiet der Empirie flüchtet, d. h. in Beziehung auf die konkrete Durchführung des Princips an die Kulturgeschichte verweist. Es bedarf jedoch nur einer richtigen Auffassung des Princips selbst, um ihm doch etwas mehr abgewinnen zu können. Hievon kann jedoch erst die Rede seyn, wenn die besondern Verbrechens- und Strafarten zur Erörterung gelangen. — Jedenfalls besteht aber das spekulative Problem gerade darin, die geschichtliche Entwicklung des Strafsystems nicht bloß empirisch aufzunehmen, sondern dessen verschiedene Phasen zugleich als die Momente aufzuzeigen, deren organischer Proceß in seiner Totalität das aus dem richtig erkannten Gerechtigkeitsprincip fließende Strafsystem konstituirt, — eine Darlegung, wobei sich freilich zeigen wird, daß die bisherige Arbeit der Geschichte in ihrem Werthe nicht richtig erkannt seyn kann, wenn man noch immer von philosophischen Versuchen, die Todesstrafe zu rechtfertigen, hören muß.

B. Die Strafrechtspflege.

§. 211.

Die Justiz, als ein Zweig der Staatsverwaltung überhaupt, steht zur Gesetzgebung in demselben Verhält-

nisse, in welchem überhaupt die vollziehende Gewalt zu der gesetzgebenden sich befindet (vgl. §. 175), wenn gleich ihr specifischer Unterschied von der Polizei es mit sich bringt, daß sie theils in der Art des Verfahrens, theils in der Stellung ihrer Organe gegenüber von der Staatsregierung von der letzteren wesentlich differiren muß. Jenes allgemeine Verhältniß ist aber dieses, daß die Verwaltung einerseits 1) die Aufgabe hat, sich vom Gesetze, als ihrer absoluten Norm, bestimmen zu lassen, andrerseits aber 2) nicht bloße Maschine zu seyn, woraus dann 3) als ihre konkrete Bestimmung die hervorgeht, als freie Selbstbestimmung innerhalb des Gesetzes sich zu bewegen, und dessen Geist im Gebiet des Konkreten lebendig zu machen [1]).

§. 212.

1) Durch die allgemeine Norm des Gesetzes ist die richterliche Gewalt in der Art schlechthin bestimmt, daß sie nicht die Befugniß hat, dieselbe zu schmälern oder zu erweitern. Sie hat daher die Aufgabe, das Gesetz richtig auszulegen und sofort anzuwenden, die davon übergangenen Punkte aber zunächst nach der Analogie eines bestimmten besondern Gesetzes, weiterhin aber nach dem Geiste der gesammten positiven Gesetzgebung zu entscheiden (§. 194). Insbesondre hat sie also die Anwendung des Gesetzes nicht erst von einer Prüfung seiner materiellen Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit abhängig zu machen [2]). Ferner muß jedes richterliche Urtheil, als bloßes Medium der Anwendung des Gesetzes, durch gesetzliche Gründe bestimmt seyn, woraus folgt, daß dem Richter kein Begnadigungsrecht, kein Recht, mit dem Verbrecher einen Vergleich zu schließen, kein Recht,

---

1) Wirth, Ethik. II. S. 203. 204.

2) Feuerbach, Lb. §. 74. Vgl. Wächter, Wirtemb. Priv.-Recht II. S. 26—30.

ohne Erlaubniß des Gesetzes die gesetzliche Strafe zu ändern, und kein Recht, bei arbiträren Strafen eine andre, als eine der gesetzlich anerkannten Strafarten anzuwenden, zusteht [1]). Gleichwie aber der Richter von der Anwendung des Gesetzes keinen darunter gehörigen Fall willkührlich ausschließen darf, ebensowenig darf er dasselbe anwenden, wo es an einem Requisite des wesentlichen Thatbestands oder an einem zureichenden Beweise der objektiven und subjektiven Existenz des Verbrechens mangelt [2]).

Anm. — Daß die Anwendung des Strafgesetzes nur der vollziehenden (Justiz) Gewalt, nicht aber der Regierungsgewalt zustehe, daß also Kabinetsjustiz [3]) verwerflich sei, ist hier aus dem Staatsrecht vorauszusetzen und im Kriminalprocesse näher zu erörtern. Wie aber in dieser Hinsicht, so zeigt auch in Beziehung auf die im Paragraphen erwähnten Punkte die Doktrin und Praxis des gemeinen deutschen Strafrechts leider nur zu viele Auswüchse, die übrigens glücklicherweise mehr und mehr zu bloßen historischen Merkwürdigkeiten herabsinken [4]). — Daß bei Bestimmung des Verhältnisses zwischen der richterlichen und der gesetzgebenden Gewalt in der Regel der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen sogleich vorangestellt wird, ist ein Mißstand, der eine offenbare petitio principii enthält und wesentlich mit unter die Erbsünde des Feuerbachischen Standpunkts gehört. Feuerbach selbst hat dabei in gutem Glauben gehandelt, indem er dem positiven Rechte seine Androhungstheorie zu Grunde legte und deshalb alle unbestimmten Strafgesetze

---

1) Wächter, Lb. I. §. 112.
2) Ebend. §. 113. Feuerbach, Lb. §. 78.
3) Wächter a. a. O. I. §. 111.
4) Ebend. I. S. 204–210.

nur als unvollkommene Ausnahmen betrachten konnte [1]). Allein, wenn man mit seiner Philosophie nicht zufrieden war, so hatte man in doppeltem Betrachte Unrecht, wenn man ihm hierin folgte. Denn, handelte es sich um das positive Recht, so war erst noch zu untersuchen, ob denn diesem wirklich der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen im Feuerbachischen Sinne zu Grunde liege? und, handelte es sich um die Natur der Sache, so war erst aus der Natur der gesetzgebenden Gewalt zu untersuchen, ob sich damit bestimmte Strafgesetze in der Bedeutung, die Feuerbach nach seiner Imputationslehre damit verbinden muß, auch nur vertragen? Gleichwohl zeigt Doktrin und Gesetzgebung unsrer Tage [2]), daß man in beiden Hinsichten keineswegs mit der nöthigen Kritik zu Werk gegangen ist.

§. 213.

2) Die richterliche Gewalt darf jedoch andrerseits keine selbstlose Maschine seyn. Da es vielmehr in der Natur der Gesetzgebung liegt, nur das Allgemeine zu bestimmen, so muß dieselbe auch diese ihre Schranke anerkennen und dem richterlichen Ermessen einen Spielraum für konkrete Bestimmungen offen lassen. Die Strafgesetze dürfen daher, da von keinem Verbrechen gesagt werden kann, daß die Modifikationen der Schuld, wie sie bei andern Verbrechen sich finden, bei ihm sich indifferenziren, nicht absolut, sondern nur relativ bestimmt seyn; und die Gesetzgebung muß dem Richter gestatten, nach demselben objektiven und subjektiven Maßstabe, wornach sie selbst das objektive und subjektive Maß der Strafbarkeit der verschiedenen Verbrechen bestimmt,

---

1) Feuerbach, Revision I. S. 110—146.
2) Vgl. Mittermaier, Ausg. 13 von Feuerb. Lb. S. 160—201.

die konkrete Strafe auszumessen. Da aber diese Zumessungsgründe, als auf allgemeinen Verhältnissen begründet, auch eine allgemeine Festsetzung zulassen, so hat die Gesetzgebung eine solche dem Richter als Norm zu geben. Aus dem Wesen des Strafrechts überhaupt folgt, daß der betreffende Maßstab nicht durch die moralische, sondern lediglich durch die rechtliche Natur der verbrecherischen Handlung bestimmt seyn darf. Hiernach aber muß a) in objektiver Beziehung die Strafbarkeit sich richten: nach dem Werthe des verletzten Rechts und dem Umfang der Verletzung (wozu auch die dadurch erzeugte Gefahr gehört), sowie nach dem Vorhandensein von Orts- oder Zeit- oder besonderen socialen Verhältnissen zwischen dem Verbrecher und dem Objekte des Verbrechens, welche dieses größer oder geringer erscheinen lassen; b) in subjektiver Beziehung: nach der Intensität, womit die Objektivität des Verbrechens im Wissen und Willen des Verbrechers gesetzt war, insbesondre nach der Verschiedenheit der Willensbestimmung zur That, nach dem Grade der Theilnahme am Verbrechen, nach der Menge der zu überwindenden natürlichen oder sittlichen Hindernisse, insbesondere nach dem Grade des Hangs zum Verbrechen, welchen der Handelnde an den Tag legt. — Es sind nun übrigens diese Gründe theilweise der Art, daß sie die Strafbarkeit unendlich steigen oder sinken lassen, und andrerseits verlangt der Begriff des Gesetzes für die Strafen bestimmter Verbrechensarten bestimmte Grenzen. Daraus ergiebt sich die Nothwendigkeit für die Gesetzgebung, bestimmte Normen darüber zu geben, ob und unter welchen Bedingungen jene Gründe die Wirkung haben sollen, die Strafbarkeit des konkreten Verbrechens auch über die Grenzen des relativ bestimmten Strafgesetzes hinaus steigen oder fallen zu lassen.

Anm. — Die große Verwirrung in dieser Lehre hat verschiedene Ursachen. Die hauptsächlichste lag aber

sicherlich in dem traurigen Zustande des positiven, von der gesetzgebenden Gewalt verwahrlosten Rechts. Dieser Zustand führte zu einer ungeheuren Willkühr der Doktrin und Praxis, wobei man, bald mit offen eingestandener, bald mit sophistisch aufgestutzter Gewaltthätigkeit, den unläugbar bestehenden Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen des geltenden Rechts so gut als ganz aufhob, und mehr oder minder das ganze positive Recht als unbestimmte Strafvorschrift behandelte [1]). Allein die Verwirrung wurde durch den Kampf [2]), der sich dagegen erhob, nicht gelöst, sondern vermehrt. Indem nämlich Feuerbach mit dem ganzen ihm eigenen Feuer gegen jenen Mißbrauch zu Felde zog, so unterschied er, aller seiner Protestationen ungeachtet, seine philosophischen Argumente so wenig von den positiv-rechtlichen [3]), daß dadurch die Verwirrung nur noch in ein weiteres Feld getragen wurde. Denn Feuerbachs Philosophie verwarf die unbestimmten Strafgesetze; seine Schuldlehre forderte gerade die absolut bestimmten; indem er aber diese Ansicht in das positive Recht hineintrug, verfälschte er dasselbe. Hinsichtlich der unbestimmten Strafgesetze dagegen verwies er den Richter an die Strafpolitik [4]), d. h. er machte aus Uebel Aerger. — Dies war nun freilich, unter der Voraussetzung, daß dem gemeinen Rechte eben die Feuerbachische Theorie zu Grunde liege, ganz konsequent, ja man muß sogar die Replik Feuer-

1) Wächter, Gem. Recht. S. 120—143.
2) Feuerbach, Rev. I. S. 109—342.
3) S. auch Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 94, wo aber Verdienst und Schuld von Feuerbach keineswegs ganz richtig bezeichnet sind.
4) Später machte er freilich Koncessionen. Lb. §. 102 b.

bachs gegen die Vorwürfe von Thibaut u. A.[1]) (§. 102 not. f.), welche ihn auf den Geist des gemeinen Rechts verwiesen, nur zu sehr für gegründet anerkennen. Das war aber eben das Unglück, daß man es in dem positiven Rechte in seinem letzten Stadium mit einem ganz irrationalen Gegenstande zu thun hatte, und dieses Uebel konnte natürlich am wenigsten dadurch gehoben werden, daß Feuerbach jenes Recht auf das Prokrustesbett seiner Theorie streckte. Im Gegentheil verschuldete er, wie gesagt, durch diese Vermischung philosophischer und positiv-rechtlicher Bestimmungen neuen Wirrwarr (es ist z. B. an seinen Satz zu erinnern, daß das bestimmte Strafgesetz stets den härtesten Fall vor Augen habe, daher keine allgemeinen Schärfungsgründe anzunehmen seien, ein Satz, der ganz aus seiner Schuldlehre hervorgewachsen war, gleichwohl aber, mittelbar oder unmittelbar, auch von Andern acceptirt wurde, die seiner Schuldlehre nicht anhängen[2]). Zwar sind nun fast alle Behauptungen Feuerbachs in dieser Lehre im Einzelnen bestritten worden[3]), so die, daß es keine allgemeinen Schärfungsgründe gebe, daß nur gewisse Milderungsgründe zuläßig seien, daß namentlich der Mangel am Thatbestand dahin gehöre u. s. f. Dagegen hat die Sitte, Philosophie und positives Recht in dieser Lehre untereinander zu mengen, fortgedauert, und zwar auch bei solchen, die es nicht Wort haben wollen, und die Konsequenzen davon zeigen sich noch bei den neuen Gesetzgebungen. Namentlich ist es fast gemeine Ansicht geblieben[4]), daß für bestimmte und

1) S. auch Wächter, Lb. I. S. 243.
2) Vgl. Martin Lb. §. 55. Roßhirt Lb. §. 85. 86.
3) S. Wächter, Lb. I. S. 215. und die dort Angeff.
4) S. dagegen übrigens Wächter I. S. 216 unten.

unbestimmte Strafgesetze verschiedene Maßstäbe zu unterscheiden seien [1]). Dazu kam aber ferner noch der Uebelstand, daß die verschiedenen Strafrechtstheorieen, wenn sie irgend konsequent waren, zu ganz verschiedenen Resultaten führten, indem die einen den objektiven, die andern den subjektiven Maßstab verwerfen, und innerhalb der beiden Maßstäbe selbst die einen als Straferhöhungsgrund festsetzen mußten, was den andern als Strafminderungsgrund galt [2]). Sonderbar ist namentlich, daß solche, die Feuerbach ausdrücklich dafür beloben, daß er die alte Freiheitstheorie umgestoßen habe, gleichwohl auch wieder die neuen Gesetzgebungen dafür tadeln, daß sie sich an die Feuerbachische Schuldlehre gehalten haben [3]).

Sieht man nun vom gemeinen deutschen Rechte ab und fragt nach der Natur der Sache, so muß die erste Frage seyn, ob überhaupt der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Strafgesetzen zuläßig sei? Diese Frage ist von den neueren Gesetzgebungen nur theilweise richtig entschieden. Denn, obgleich die Mehrzahl ihrer Strafgesetze relativ-bestimmte sind, wie es die Natur der gesetzgebenden Gewalt mit sich bringt, so ist doch dieses System bei ihnen nicht konsequent durchgeführt [4]), und mit dieser Halbheit hängen andre Unrichtigkeiten zusammen. Dahin gehört besonders die von Wächter [5]) getadelte Inkonsequenz, daß dieselben

1) Mittermaier n. 1 zu §. 93. n. 1 zu §. 96 von Feuerbach.
2) S. Welker, Letzte Gründe, S. 227 ff. Wächter, Lb. I. S. 187—191.
3) Vgl. Mittermaier n. 1 zu §. 93. u. n. 4 zu §. 106 b. bei Feuerbach.
4) Mittermaier, N. Arch. 1839. S. 161—171.
5) Lb. I. S. 216 unten.

Momente, die bei Bestimmung der Größe einer relativ-arbiträren Strafe die größte Bedeutung erhalten, bei bestimmten Strafgesetzen ohne alle Wirkung bleiben sollen, womit denn die jetzt gangbare Unterscheidung zwischen Strafschärfungs- und Milderungsgründen auf der einen, und bloßen Straferhöhungs- und Minderungsgründen auf der andern Seite im Zusammenhange steht. Daß diesem Unterschiede etwas sehr Wahres abgewonnen werden könne, wird sich zeigen. So aber, wie ihn die gangbare Doktrin und die neuere Legislation auffaßt [1]), enthält er das Schiefe, als gebe es Verbrechen von in der Art verschiedener Natur, daß dieselben Modifikationen der Schuld, welche bei den einen ein Aufsteigen oder Absteigen in einem oft nicht unbeträchtlichen Strafrahmen rechtfertigen, bei den andern geradezu indifferent seyn sollen [2]). Dies ist unwahr, und es ist schwer einzusehen, wie Mittermaier einerseits die absolut bestimmten Strafgesetze dem Gerechtigkeitsprincipe widersprechend finden, und andrerseits doch die gedachte Eintheilung der Strafzumessungsgründe im gewöhnlichen Sinne gegen Trefurt [3]) rechtfertigen mag. Zu beklagen ist, daß mit der Fortdauer absolutbestimmter Strafgesetze auch der Streit darüber fortdauert, ob der Gesetzgeber dabei den gewöhnlichen oder den härtesten Fall vor Augen habe, — welchen letzteren (Feuerbachischen) Satz auch Mittermaier noch vertheidigt. Sonderbarer Weise will sogar Mittermaier [4]) bei den relativ-bestimmten Strafgesetzen der neueren Gesetzbücher nicht

1) Mittermaier, zu Feuerbach n. 1. 2 zu §. 93. n. 1 zu §. 96.
2) Der von Hufnagel I. S. 229 oben angegebene scharfsinnige Grund setzt die Zuläſſigkeit der Todesstrafe voraus.
3) N. Arch. 1838 S. 414, so auch Abegg, Lb. S. 92. 93.
4) n. 1 zu Feuerbach §. 96. Vgl. aber Abegg, Lb. §. 150.

anerkennen, daß hier das Normalmaß zu Grunde liege [1]), während doch hierauf allein der ganze Begriff des relativ-bestimmten Strafgesetzes beruht. Auch scheint er, wie Groß [2]), wenn sie die von den Motiven zum Wirt. GB. adoptirte Theorie des Mittelmaßes bekämpfen, nicht zu bemerken, daß sie damit das ganze Fundament des Systems der relativ-bestimmten Strafgesetze umstoßen. Wenn die Anwendung dieser Theorie schon zu Inkonvenienzen geführt hat [3]), so lag der Grund davon nicht in ihrer Unrichtigkeit, sondern nur darin, daß die Gesetzgebung sich in der Festsetzung des Maximums und Minimums vergriffen hatte. Daß die Bestimmung der konkreten Strafe nicht zu einem bloßen Rechenexempel werden soll, ist gerade die Forderung des vorstehenden Paragraphen; dazu ist aber eine so vage Bestimmung, wie sie Mittermaier [4]) gewährt, und wie sie nicht einmal eine Garantie gegen unbefugte Einmischung bloß moralischer Rücksichten giebt, nur das andre Extrem. —

Die angeführten Mängel würden sich heben, sobald man sich entschlöße, das schon größtentheils adoptirte System der relativ-bestimmten Strafgesetze mit voller Konsequenz durchzuführen und hiemit den Irrthum aufzugeben, als seien die Sträfschärfungs- und Milderungsgründe eines-, und die Straferhöhungs- und Minderungsgründe anderntheils von qualitativ-verschiedener Natur [5]). Die Eintheilung selbst kann ganz wohl beibehalten werden, sobald nur der Unterschied als ein bloß quantitiver gefaßt wird. Denn allerdings führt

1) N. Arch. 1839. S. 176.
2) Sächs. Gb. mit Anm. S. 119.
3) Hufnagel, Komm. I. S. 231 Note. S. 628. 629. II. S. 523.
4) n. 2 zu Feuerbach §. 78. N. Arch. a. a. O. S. 171.
5) Vgl. Grolman, Grundsätze §. 120.

die am Ende des Paragraphen angeführte Betrachtung zu einer solchen Unterscheidung, wornach es nothwendig wird, gewissen Erhöhungs- und Minderungsgründen in dem Falle, wenn sie in größerer Stärke vorhanden sind (z. B. Rückfall einer-, beschränkter Vernunftgebrauch andrerseits) die Qualität von Schärfungs- und Milderungsgründen zu ertheilen.

Was nun den objektiven und subjektiven Maßstab selbst betrifft, so gestattet der Raum nicht, sich in's Einzelne auszulassen, wie es auch der Zweck dieser Schrift nicht fordert. Daher mag es an folgenden Bemerkungen genügen. Zu a) Wie sich von selbst versteht, mußte hier das Feuerbachische Grundprincip der Gefährlichkeit [1]) auf seine richtige Bedeutung, als bloßen Moments der objektiven Größe des Verbrechens, reducirt werden. Ferner konnte unter die objektiven Zumessungsgründe nicht der Grad der Betheiligung am Verbrechen gerechnet werden [2]), da nach dem oben §. 129—151 Aus geführten die Feuerbachische Lehre, die hier Alles auf die objektive Kausalität stellt, unrichtig ist. Was dann insbesondere den objektiven Werth des verletzten Rechts betrifft, so hat zwar Feuerbach [3]) Recht, wenn er sagt, derselbe könne nicht in der Beziehung des Rechts auf Tugend und Glückseligkeit, sondern nur in seiner Beziehung auf den Staat liegen; allein dabei mischt sich sogleich wieder das Princip der Gefährlichkeit ein, und Feuerbach klassificirt hiernach die Rechte lediglich nach dem Grade der Gefahr, die ihre Verletzung für den Staat hervorbringt. Davon kann denn natürlich

1) Revision II. S. 199 ff.
2) Vgl. Abegg, Lb. S. 218, der sich jedoch schwankend ausdrückt.
3) Revision II. S. 213—218. Vgl. Grolman, Grundf. §. 77. 78. 81—83. Henke, I. §. 75. Heffter, §. 95.

wieder im vorliegenden Systeme keine Rede seyn. Dagegen wird die Ausführung über den verschiedenen Werth der Rechte, welche Objekte des Verbrechens bilden, ihre Stellung erst im zweiten Theile (bei der Eintheilung der Verbrechen) finden [1]. Wenn Abegg bemerkt, daß sich das Nähere hiebei immer nur empirisch, d. h. mit Rücksicht auf die politischen Verhältnisse des Staats, nach Zeit, Umständen, dem religiösen, sittlichen Standpunkte des Volks rc. ergebe [2], so ist dies nur insoweit richtig, als man allerdings im positiven Rechte auf diese Erkenntnißquellen gewiesen ist. Allein daraus folgt nicht, daß nicht aus der Natur der Sache selbst erschöpfende Bestimmungen gegeben werden könnten, die dann auch in der Geschichte successiv sich geltend zu machen wissen; ebenwie umgekehrt gegen Abegg bemerkt werden muß, daß die allgemeinen Bestimmungen, welche — wie er zugiebt — die Abstufungen der Verbrechen zulassen, als solche im praktischen Rechte keine Brauchbarkeit haben. Daß zur objektiven Größe des Verbrechens auch der Umfang der Verletzung, die dadurch erzeugte Gefahr, der dadurch hervorgebrachte Schaden gehören, ist von Abegg richtig gezeigt [3], und daß das gemeine deutsche Recht diese Momente würdige, ist bekannt, wenn gleich manche Doktrinäre den richtigen Takt, den dasselbe hierin beweist (wenn es z. B. den beendigten Versuch geringer straft, als das vollendete Verbrechen), nicht anerkennen wollen. Ebenso findet sich ferner in unsrem positiven Rechte auch dies anerkannt, daß die objektive Größe des Verbrechens durch örtliche, zeitliche und sociale, besonders

1) S. vorläufig Wirth, Ethik II. S. 283—300.
2) Lb. §. 141. a. C. Heffter, §. 95. n. 4.
3) Strafrechtstheorieen S. 64—66. Vgl. PGO. Art. 109. 112. 127. 157. 160.

Familien-Verhältnisse [1]) bestimmt werde. — Zu b) kann hier hinsichtlich der Abstufungen der Strafbarkeit nach der Verschiedenheit der Willensrichtung (dolus, culpa etc.) und nach den Graden der Betheiligung am Verbrechen, — was in der Regel erst an dieser Stelle abgehandelt wird (so von Feuerbach, Wächter, Abegg rc.), — auf die frühere Darstellung verwiesen werden. Es ist daher nur noch dies besonders zu erwähnen, daß die Intensität des verbrecherischen Willens auch über jene fixen Grade hinaus einen allgemeinen Zumessungsgrund bildet. Nur ist dies wiederum nicht in Feuerbachs [2]) Sinne zu verstehen, der auch hier nur auf die Gefährlichkeit der sinnlichen Triebfedern sah und dadurch zu Folgerungen kam, die der Wahrheit gerade zuwiderlaufen. Vielmehr handelt es sich nur von der, aus der Handlung selbst und den sie begleitenden Umständen erkennbaren, größeren oder geringeren Intensität des verbrecherischen Willens, welche eben damit eine größere oder geringere Intensität der Schuld ist. Insbesondere zeigt sich hiernach die Schuld größer, wenn der Wille aus freiem Antrieb das Verbrechen erzeugte, als wenn er dazu der Mitwirkung andrer Reizmittel bedurfte; ebenso zeigt sie sich größer, je mehr und je größere, innere oder äußere Hindernisse zu überwinden waren. In ersterer Beziehung müssen dann Noth, Gelegenheit, Verführung, Beleidigung [3]) einen strafmindernden Einfluß haben, während umgekehrt die Wiederholung von Verbrechen, besonders von gleichartigen, einen festgewordenen selbständigen Hang dazu, und damit eine größere Intensität des verbrecherischen

---

1) L. 16. §. 3. 4. l. 28. §. 8. D. de poenis. §. 9. J. de injur. l. 2. D. de effract. CCC. Art. 171. 172. 137. 165.

2) Revision II. S. 274—443.

3) Vgl. PGO. Art. 156. 175.

Willens anzeigt [1]). Nur kann gewiß die exorbitante strafschärfende Wirkung, wie sie hie und da (z. B. vom Wirt. GB. beim Diebstahl) dem Rückfall beigelegt wird, in keiner Hinsicht gerechtfertigt werden, sofern hier nicht etwa bloß die Strafe des zunächst begangenen Verbrechens geschärft, sondern mit derselben eine eigene „Rückfallsstrafe" verbunden werden soll, was doch offenbar dem Axiom der Gerechtigkeit: non bis in idem schnurstracks wider die Stirn läuft. — In der anderen Beziehung müssen besondere Pflichten, die der Verbrecher übertrat [2]), besondere äußere Hindernisse, die er überwand [3]), sowie besondere Grausamkeit, die er bei der Ausführung an den Tag legte, als Zeichen größerer Intensität des verbrecherischen Willens, einen straferhöhenden Einfluß üben; wogegen das Bestreben, größeren Schaden zu verhindern, freiwilliger Schadensersatz [4]), Jugend, Trunkenheit, Affekt und alle ähnlichen Zustände, in welchen die freie Selbstbestimmung durch den in den Geist hereintretenden Naturkausalismus, zwar nicht aufgehoben, aber doch gehemmt wird, als Strafmilderungsgründe erscheinen [5]). — Man wird leicht bemerken, daß hier nur solche Gründe anerkannt sind, welche auf die größere oder geringere Stärke des verbrecherischen Willens als solchen hinzeigen. Denn nur solche können im Strafrechte von Bedeutung seyn, keineswegs aber solche Momente, welche lediglich in das Gebiet der subjektiven

1) Vgl. PGO. Art. 161. 162. — N. Arch. II. S. 578 f. V. S. 479 f. XI. S. 101 f. 648 f. XIV. S. 115. Neue Folge. 1834. S. 415 f. Mittermaier zu Feuerbach §. 132 a.

2) Vgl. PGO. Art. 124. 137.

3) Vgl. PGO. Art. 159.

4) Wächter I. S. 219. 227. i. d. Mitte u. Jenull ib. cit.

5) Belege aus dem pos. Rechte bei Wächter, Lb. I. §. 116. n. 71–74. Vgl. Heffter, §. 105.

Sittlichkeit gehören, wie die gute Absicht [1]), die Meinung, daß man der Religion einen Dienst erweise u. dgl., oder welche wenigstens in Beziehung auf den in der konkreten Handlung bethätigten verbrecherischen Willen indifferent sind, wie bessere oder schlechtere Erziehung, höhere oder geringere Bildung, Stand, Geschlecht, und Andres, was Abegg (Lb. S. 221—223) erwähnt. Dagegen dürfte gegen die Zumessungsgründe, welche Abegg [2]) in Beziehung auf die Strafbarkeit kulposer Verbrechen angiebt, nichts zu erinnern seyn. Im Wesen des Versehens selbst nämlich liegt es, daß sich die Schuld steigern oder verringern muß: theils nach der Quantität des rechtsverletzenden Erfolgs, weil es eine größere Pflichtverletzung ist, ein wichtigeres objektives Recht nicht beachtet zu haben, als ein geringeres, — theils je nachdem dieser Erfolg unmittelbare oder mittelbare Wirkung des Willens war, weil, wie Wirth [3]) treffend sagt, in derselben Proportion ihr Princip sowohl im Willen liegt, als im Wissen liegen konnte.

Die Extreme, welche in dieser Materie die Gesetzgebung zu vermeiden hat, sind einerseits die von den Strafandrohungstheorieen eingeführte falsche Schätzung des Gesetzes, womit theils das Drängen nach absolutbestimmten Gesetzen, theils die Sucht, den Richter zur bloßen Maschine des mathematisch genau ausgezirkelten Gesetzes zu machen [4]), verbunden ist, wodurch aber

1) AM. noch Heffter, §. 106, der auch mit Unrecht (§. 107) die Rechtsunwissenheit hieher zieht.

2) Lb. S. 224.

3) Ethik I. S. 133.

4) Vgl. Feuerbach, Kritik des Kleinschr. Entw. II. S. 72. Martin, §. 61.

sowohl das Recht der richterlichen Gewalt, als die Natur der (hiemit zur Kasuistik gezwungenen) Gesetzgebung selbst völlig verkannt wird, — andrerseits jene Systemlosigkeit, wie sie sich in der deutschrechtlichen Praxis zuletzt auf eine alle Rechtssicherheit gefährdende, allen Unterschied zwischen rechtlicher und moralischer Zurechnung aufhebende Weise breit machte und wie sie in Frankreich, als Nothbehelf gegen die Härte des Code pénal, an der Tagesordnung ist [1]). Soll aber beiden Gewalten ihr Recht werden, so ist es nicht gerathen, mit den Motiven zu mehreren neuen Legislationen die Frage, ob die Gesetzgebung die allgemeinen Strafzumessungsgründe anzugeben habe, zu verneinen [2]). In der Sache selbst aber ist es, aus den angeführten Gründen, nicht gut zu heißen, wenn unsre neuen Gesetzgebungen noch immer die absolut bestimmten Strafgesetze nicht ganz ausmerzen und deshalb auch an der in der hergebrachten Bedeutung unrichtigen Unterscheidung von Schärfungs- und Erhöhungsgründen rc. haften, wenn sie ferner noch immer von dem Princip der Gefährlichkeit sich nicht ganz losmachen [3]), und andrerseits die Grenze zwischen rechtlicher und moralischer Imputation keineswegs immer richtig festhalten, oder gar politischen Rücksichten (z. B. Belohnung des Geständnisses, der Angabe der Mitschuldigen rc.) Einfluß gestatten [4]), den ein Strafgesetzbuch unter seiner Würde finden sollte [5]).

1) Chaveau, Code progr. S. 33. 348. Haus, Obs. sur le projet de revision etc. I. S. 50—57.
2) Mittermaier, n. 3 zu Feuerbach, §. 102 b.
3) Zu viel legt ihnen übrigens hier Mittermaier n. 4 zu Feuerbach §. 102 b. zur Last.
4) Wirt. Gb. Art. 110. 111.
5) Vgl. Marezoll, §. 40.

§. 214.

3) Daraus ergiebt sich als konkrete Aufgabe der richterlichen Gewalt, die Gesetzgebung in ihrem Geiste lebendig zu machen. Der Geist der Strafgesetzgebung besteht aber in nichts Anderem, als in der Bethätigung des Princips der gerechten Wiedervergeltung. Hiernach ist es absolute Pflicht des Richters, die Strafe zum reinen Werthausdrucke der in der verbrecherischen Handlung objektivirten Schuld des handelnden Subjekts zu machen. Aus dieser Nothwendigkeit geht hervor, a) daß es dem Richter nicht zustehen kann, wegen Zusammentreffens mehrerer Verbrechen, dasselbe sei ein reales oder ideales, an der verdienten Gesammtstrafe irgend etwas abzuziehen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß keine Häufung von Verbrechen vorliegt: α) wenn dieselbe Handlung, die eine eigene Verbrechensart bildet, zugleich unter den Thatbestand eines Gattungsverbrechens subsumirt werden kann, oder mehrere gleichartige Akte als Momente Eines Thatbestands zu betrachten sind, β) wenn und soweit mehrere ideal zusammentreffende Verbrechen einen gemeinschaftlichen Thatbestand ihrem Begriff nach haben, γ) im Fall des fortgesetzten Verbrechens, d. h. der aus Einem Entschlusse hervorgehenden successiven Wiederholung eines Verbrechens in Beziehung auf ein Objekt, das unabhängig vom Willen des Handelnden für sich eine objektive Einheit bildet; — b) daß, wenn die verdiente Strafe aus physischen oder rechtlichen Gründen nicht vollzogen werden kann, der Richter derselben eine der Art nach verschiedene, der Größe nach gleiche zu substituiren hat; — c) daß, wenn dem Verbrecher vor Erkennung der Strafe unverschuldete Uebel von Seiten des Staats, in Beziehung auf sein Verbrechen, zugefügt worden sind, der Richter den Werth hievon an der zu erkennenden Strafe abzuziehen hat.

Anm. — Die hier in Verbindung gebrachten Punkte

würden nicht so häufig unter falsche Gesichtspunkte gebracht und im Einzelnen verwirrt worden seyn, wenn man das Eine Princip, worauf sie beruhen, sich klar gemacht hätte.

1) In der Lehre von der Konkurrenz [1]) ist zwar durch manche verdienstliche Bemühungen (besonders von Schröter, Wächter, Mittermaier, Sander) vieler alte Wust hinweggeräumt worden. Gleichwohl hat sich bei Gelegenheit der neuen Gesetzgebungen gezeigt, daß man gerade über das rechtliche Princip der ganzen Frage noch keineswegs einig ist, und daß die meisten vielmehr an alten, neu aufgewärmten Vorurtheilen hängen [2]). — Als ein heilsames Ergebniß jener gedachten doktrinellen Erörterungen kann zunächst die größere Uebereinstimmung über die zu unterscheidenden Arten der Konkurrenz, sowie über die davon auszuscheidenden Fälle gerechnet werden, — wiewohl auch in letzterer Beziehung noch manche Erinnerung zu machen wäre [3]). Am einfachsten erweist sich nämlich die, auch von der neueren Legislation angenommene Eintheilung der Konkurrenz in die ideale (gleichzeitige) und die reale (successive), deren jede wieder in verschiedenartige und gleichartige zu unterscheiden ist [4]). Was nämlich die ideale betrifft, so können durch Eine Handlung verschiedene Strafgesetze, oder es kann dasselbe Strafgesetz mehrfach übertreten werden (z. B. incestuoser Ehebruch, — Eine Injurie gegen mehrere Personen). Was ferner die reale betrifft, so können verschiedenartige Verbrechen

1) Literatur bei Wächter I. §. 122 und Mittermaier n. 1, zu Feuerbach §. 126.
2) Mittermaier n. 2 u. 3 a. a. O., und Note zu §. 131.
3) Z. B. gegen Heffter §. 163. II. b. Vgl. §. 164. n. 7.
4) Wächter I. §. 122. n. 96. Wirt. GB. Art. 123.

hintereinander begangen, oder es kann dasselbe Verbrechen successiv wiederholt werden, wobei jedoch der Fall des fortgesetzten Verbrechens auszuscheiden ist. Wesentlich ist nun aber, daß überhaupt vor Allem die wahren Fälle der Konkurrenz von den bloß scheinbaren abgesondert werden. Auch hierüber sind, besonders von Schröter und Oersted [1]), gute Bemerkungen gemacht worden; doch fehlt noch eine erschöpfend richtige Darstellung, die um so mehr Bedürfniß ist, als sie allein dem jetzt wieder einreißenden Irrthume, die ideale Konkurrenz überhaupt zu privilegiren, begegnen kann. Die wesentlichen Momente sind oben unter α—γ zusammengestellt. Dabei ist ein Punkt, — nämlich der Fall, daß eine und dieselbe Handlung sich unter verschiedene Gesichtspunkte bringen läßt, — soweit er nicht unter α) fällt, nicht weiter beachtet, weil er zwar im römischen Anklageprozesse von großer Bedeutung war, diese aber im Untersuchungsprozesse verloren hat [2]). Zur besseren Uebersicht dürfte folgende Tafel dienen:

I. Gleichzeitige Konkurrenz. Es handelt sich um Eine Handlung in ununterbrochenem Verlaufe.
  1) Die Handlung ist eine in sich einfache (z. B. stuprum, Verwundung, Brandstiftung).
    A. Sie involvirt nur Eine Willensrichtung. Hier ist niemals Konkurrenz vorhanden. Wenn die Handlung sich unter verschiedene Gesichtspunkte bringen läßt, wenn sie einerseits eine selbständige Art, und andrerseits das Besondre einer Gattung bildet (wie z. B. Nothzucht im Verhältniß zur

1) Schröter Handbuch §. 153 — 160. Oersted Grundregeln S. 394 ff.
2) Heffter §. 163. not. 2.

Gewalt, Ehebruch im Verhältniß zum stuprum), so kann immer nur von Einem Verbrechen die Rede seyn (α) [1].

B. Sie involvirt verschiedene Willensrichtungen. Hier ist wieder zu unterscheiden:

a) Die verschiedenen Willensrichtungen betreffen Verbrechen, welche relativ denselben Thatbestand dem Begriff nach voraussetzen, wie z. B. bei incestuosem Ehebruch jedenfalls das stuprum gemeinschaftlicher Thatbestand ist und begriffsgemäß seyn muß. Hier ist relativ, d. h. so weit eben der Thatbestand nicht nothwendig gemeinschaftlich ist, Konkurrenz vorhanden (β) [2].

b) Die verschiedenen Willensrichtungen betreffen Verbrechen, welche ihrem Thatbestande nach wesentlich unterschieden sind: z. B. absichtliche Tödtung durch dolose Brandstiftung, kulpose Tödtung durch dolose Brandstiftung, kulpose Tödtung durch kulpose Brandstiftung. In solchen Fällen ist kein gemeinschaftlicher Thatbestand vorhanden, sondern der Eine Akt des Verbrechens involvirt die Thatbestände verschiedener Verbrechen. Daher liegt hier nicht nur relativ, sondern schlechthin Konkurrenz von Verbrechen vor [3]). Eben dies findet daher auch stets beim qualifizirten Versuch statt.

---

1) Heffter §. 163. n. 2. Marezoll S. 155. n. 2. Das Zusammentreffen mehrerer Schärfungsgründe bei Einem Verbrechen dagegen, — ebend. n. 1. vgl. *Schröter* de conc. del. S. 10. Wächter I. §. 122. n. 95 — ist zwar keine Verbrechenskonkurrenz, wohl aber nach demselben Princip zu behandeln. Andrer Meinung die PGO. Art. 163.

2) Grolmann Grundsätze §. 121. a. Abs. 2. *Savigny* D. de conc. delict. S. 15. Vgl. Wächter I. S. 255 oben.

3) A. M. scheint Heffter §. 164. n. 7.

(Vgl. §. 128.) Und nicht minder bei mittelbaren Injurien, oder bei Injurien, die gegen mehrere Personen zugleich ausgestoßen werden [1]); denn die Ehrverletzung ist ein quantitativ abgeschlossenes Delikt, das so viele Male begangen wird, als Personen seinen Gegenstand bilden. Dasselbe gilt aus demselben Grunde von allen Verbrechen gegen die unmittelbare Persönlichkeit; es ist Konkurrenz vorhanden, wenn Jemand Mehrere zugleich einsperrt, durch Einen Schuß Mehrere verwundet oder tödtet und dergl.

2) Die Handlung ist in mehrere Momente zerlegbar;

A. Diese Momente sind gleichartige, die sich unter Einen Thatbestand zusammenschließen, z. B. es wird eine Reihe von Schmähungen hintereinander gegen Einen ausgestoßen; es wird Jemand durch mehrere successive Verwundungen uno actu getödtet (α). Hier ist keine Konkurrenz, sondern nur Ein Verbrechen vorhanden. Während aber hier bei Verbrechen, die gegen die unmittelbare Persönlichkeit gerichtet sind, stets Eine und dieselbe Person als Gegenstand des Angriffs vorausgesetzt ist (im Gegensatz vom vorigen Fall), so ist diese Einheit der verletzten Person in andern Fällen nicht erforderlich. Es ist z. B. nur Ein Verbrechen vorhanden, wenn uno actu Sachen, die Mehreren gehören, gestohlen werden [2]); denn

1) Die von Mittermaier not. zu Feuerbach §. 131 gemachten Unterscheidungen sind sehr willkührlich; die meisten der dort angedeuteten Fälle sind wahrhafte Konkurrenzfälle. S. auch Oersted S. 399 Note, und S. 395—397.

2) Oersted S. 394. Heffter §. 163. II. b.

das Eigenthum inhärirt der Persönlichkeit nicht unmittelbar, wie Leben, Freiheit, Körper, Ehre, und eben deshalb macht im Diebstahl nicht die einzelne Persönlichkeit, sondern die allgemeine das Objekt des Angriffs aus. Ebenso liegt nur Ein Verbrechen vor, wenn uno actu mehrere Häuser angezündet, mehrere Aktenstücke in derselben Angelegenheit gefälscht werden u. s. f. Immer aber versteht sich hier von selbst, daß unter den angegebenen Voraussetzungen auch an der Willensrichtung das Moment der Einheit gesetzt seyn muß.

B. Die Momente sind verschiedenartige, z. B. bei Raubmord, Betrug mittelst Fälschung ꝛc. Hier müssen nothwendig auch immer mehrere Willensrichtungen vorhanden seyn, daher an der Anwendbarkeit des Begriffs der Konkurrenz nicht zu zweifeln ist [1]).

II. Successive Konkurrenz,

1) verschiedenartiger Verbrechen; der gewöhnliche Fall der realen Konkurrenz.

2) Gleichartiger Verbrechensakte.

A. Liegen diesen Akten selbständige Willensakte zu Grunde, so ist wiederholtes Verbrechen vorhanden, was unter den Begriff der Konkurrenz fällt;

B. den andern Fall bildet das fortgesetzte Verbrechen (γ), worüber unten.

Nun erst ist die weitere Frage, welche rechtliche Behandlung die wahren Konkurrenzfälle verdienen (I. 1. B. a. b. — 2. B. II. 1. 2. A.)? Welche Antwort hierauf das gemeine deutsche Recht gebe, ist freilich vielfach bestritten. Doch sind hinsichtlich des römischen Rechts die

---

1) Heffter §. 164 a. E.

bewährtesten Schriftsteller darin einig, daß es bei der idealen, wie bei der realen Konkurrenz den Grundsatz: quot delicta, tot poenae [1]) zur Anwendung gebracht habe; — falls nur nicht mit der vorliegenden Frage ein ganz andrer Fall, nämlich das Zusammentreffen mehrerer Strafen bei demselben Verbrechen, verwechselt wird. Auch hat Wächter gezeigt, daß bis zu Karpzows Zeit das römische Recht von der Doktrin im Ganzen nicht mißverstanden wurde, da es am wenigsten als Mißverständniß gelten konnte, wenn schon die Glosse den Fall des fortgesetzten Verbrechens und der Tödtung durch mehrere auf einander folgende Schläge von den Konkurrenzfällen ausschied. Um so mehr ist aber Streit darüber, ob auch das deutsche Recht jenem römischen Grundsatze folge, oder ob es nicht vielmehr, insbesondre bei der idealen Konkurrenz, den Grundsatz: Poena major absorbet minorem aufstelle [2])? Gewiß ist, daß seit Karpzow dieser Grundsatz, auch wohl mit der Konzession eines schärfenden Zusatzes zu der poena major sich vielfach in der Doktrin und Praxis, und zwar auch in Beziehung auf die reale Konkurrenz geltend machte, wenn gleich derselbe keineswegs als ein allgemein angenommener gerechtfertigt werden kann, um so weniger, da in die Praxis die größte Principlosigkeit und die offenkundigste Verwechslung ganz verschiedener Fragen einriß [3]). Eben dies wirkt nun auch in den neuen Gesetzgebungen nach, denen theilweise noch von der

1) S. Wächter I. §. 123. n. 99. Heffter §. 164. Marezoll S. 152. n. 2. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 126. Letzterer und Heffter n. 4 machen Modifikationen, die unbestimmt und willkührlich sind.

2) Wächter a. a. O. n. 100. Marezoll a. a. O.

3) Wächter a. a. O. n. 99. 100.

Doktrin das Wort geredet wird, wenn sie bei der vorliegenden Frage einem unerquicklichen Eklekticismus huldigen. — Man hätte den einfachen, von Schröter, Savigny, Grolman, Wächter vorgezeichneten Weg nicht verlassen sollen, welche die Trennung der zwei Fragen verlangten: a) ob es gerecht sei, dem Verbrecher alle verdienten Strafen zuzuerkennen? und b) was zu thun sei, wenn die zu häufenden Strafen sich aus irgend welchen Gründen nicht häufen lassen? Es ist allerdings nicht zu läugnen, daß die Zusammenrechnung der Strafen, auch mit hinzugenommener Operation der Strafverwandlung, welche ad b) der einzige rechtsgemäße Ausweg ist, zu der Nothwendigkeit führen kann und muß, Gesammtstrafen auszusprechen, die völlig unvollziehbar werden. Allein dadurch werden solche Gesammtstrafen im Mindesten nicht ungerecht, und das Gesetz, welches, um solchen Strafen vorzubeugen, den Grundsatz der Absorption aufstellt, giebt geradezu einen Freibrief zum Verbrechen. Von Seiten der Doktrin [1]) ist es aber eine sonderbare Forderung, daß man Gerechtigkeit und das, was praktisch sei, mit einander verbinden solle. Denn im Gebiete des Strafrechts ist eben nur das Gerechte das wahrhaft Praktische; wenn aber die Ausführung des Gerechten auf Inkonvenienzen stößt, so ist es nicht der richtige Weg, dem Gerechten das Ungerechte grundsätzlich zu substituiren, sondern es ist auf andre Weise zu helfen. Freilich wird denn aber theilweise behauptet, daß der Grundsatz: quot delicta, tot poenae, wenigstens bei der idealen Konkurrenz, sogar wider das Recht sei. So z. B. sagt Mittermaier, es müsse überhaupt beim Zusammentreffen mehrerer Verbrechen

---

1) Mittermaier n. 3 zu Feuerbach §. 126.

Eines Individuums diese Mehrheit von Verbrechen als ein Ganzes betrachtet und demgemäß bei verwirkten schweren Strafen die geringeren nicht besonders angerechnet werden. Allein, da Mittermaier die Gerechtigkeit als Princip anerkennt, so war gerade hier die Berufung auf Carmignani [1]) am wenigsten am Platze, bei dem der gedachte Grundsatz eben nur aus einem dem Gerechtigkeitsprincip entgegengesetzten Princip folgt, wie er denn auch den Richter hier mit einem Arzte vergleicht, der, wenn er nicht Zeit und Mühe verlieren wolle, auf das Hauptübel losgehen müsse und sich nicht mit den symptomatischen aufhalten dürfe. So lange man aber beim Rückfall nicht ebenfalls so argumentirt, d. h. die verwirkte neue Strafe, wenn sie eine geringere ist, in der früher erkannten größeren sich absorbiren läßt, so ist man sehr inkonsequent; und, wenn man etwa antwortet [2]), daß beim Rückfall im Gegentheil die neue Strafe strenger ausfallen müsse, weil der Verbrecher sich durch die frühere nicht habe abschrecken, bessern lassen, so zeigt dies nur, daß man an die Stelle der Gerechtigkeit überhaupt die Zweckmäßigkeit setzt, und daß man nicht einmal ein Arg daran hat, wenn die verschiedenen Zweckmäßigkeitsgründe sich widersprechen. — Mehr Schein hat es schon, wenn die fragliche Behauptung auf die ideelle Konkurrenz eingeschränkt wird. Hier beruft man sich darauf, daß der Entschluß nur Einer sei [3]), oder auch umgekehrt darauf, daß die verschiedenen Entschlüsse nur Eines Akts bedürfen [4]). Allein beide

1) Teoria delle leggi III. S. 235—237.
2) S. die neuen Gesetzgebungen u. Mittermaier selbst §. 132 a zu Feuerbach.
3) Mittermaier not. zu Feuerbach §. 131.
4) Heffter §. 164. not. 7, der aber doch bei unbestimmten Strafgesetzen das Richtige anerkennt.

Gründe können nichts entscheiden. Denn der Eine Entschluß involvirt mehrere selbständige Absichten, und ebenso umfaßt der Eine Akt verschiedene dem Begriff nach selbständige Thatbestände. Es ist aber keineswegs ein Grund einzusehen, warum ein Verbrechen an seiner objektiven und subjektiven Größe das Mindeste dadurch verlieren sollte, daß noch ein zweites mit ihm verbunden wird. Nur so viel läßt sich sagen, daß, wenn die ideell konkurrirenden Verbrechen relativ denselben Thatbestand (begriffsmäßig) haben, eben dieser gemeinschaftliche Theil nicht doppelt aufgerechnet werden kann (I. 1. B. a.). Oersted [1]) meint, daß wenigstens bei kulposen Vergehen von dem richtigen Princip eine Ausnahme zu machen sei, da es hart seyn würde, denjenigen, der fahrlässig mit Gift umgegangen sei und dadurch den Tod mehrerer Menschen verschuldet habe, so vielmal, als die Zahl der Gestorbenen betrage, wegen kulposer Tödtung zu strafen, wie man ja auch bei fahrlässiger Brandstiftung nicht die abgebrannten Häuser zähle. Allein offenbar ist die Vergleichung mit der Brandstiftung nicht treffend, da diese ein quantitativ nicht abgeschlossenes Verbrechen ist, wie die Tödtung. Da ferner Oersted anerkennt, daß bei dem Versehen die Größe des Erfolgs als Erkenntnißgrund für die Unvorsichtigkeit sehr in Betracht komme, so ist nicht einzusehen, warum er diesem Erkenntnißgrund und dem daraus zu ziehenden Schlusse nicht auch die konsequente Folge geben will. Die Härte wird von selbst verschwinden, wenn das Gesetz über kulpose Tödtung die nöthige Weite hat. — Ist es aber ein nicht hinwegzuraisonnirendes Gebot der Gerechtigkeit, daß jedem besondern Verbrechen seine besondre Strafe

1) Grundregeln S. 396. 397.

werde, und läßt sich kein Grund einsehen, warum das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in Einer Handlung oder gar nur in Einer Untersuchung die geringern geradezu auslöschen oder auch nur in ihrer Größe schmälern sollte, so kann das von der neuern Gesetzgebung befolgte System principiell nicht gutgeheißen werden, sofern dieses, bei vielen Modifikationen im Einzelnen, doch wesentlich darauf hinausläuft, bei der idealen Konkurrenz unbedingt jene theilweise Absorption anzuerkennen, und selbst bei der realen die Sache so darzustellen, als bilde die Konkurrenz einen wahren, noch dazu sehr exorbitanten, Strafmilderungsgrund. — Vielmehr kann eine gerechte Strafgesetzgebung nur von dem gerechten Principe ausgehen, welches schon im römischen Rechte ausgesprochen ist. Will sie aber sich zugleich praktisch zeigen, so thue sie es nur an der rechten Stelle! Und gerade hier bleibt in der Regel so Vieles zu wünschen übrig. Zuvörderst sind es gerade die absoluten Strafgesetze und die Todesstrafe, welche wie sie selbst irrationale Dinge sind, auch in dieser Materie die meisten Inkonveniencen hervorbringen, da man doch wenigstens insoweit human ist, daß man die Todesstrafe nicht schärfen und nicht mit andern Strafen kumuliren will. Sodann aber entstehen die vielen Härten bei Bestrafung konkurrirender Verbrechen daraus, daß unsre Gesetzgebungen die unglückliche Sucht haben, die Begriffe der Verbrechen in möglichst viele selbständige Arten zu zerspalten, aus bloßen Versuchen eigene Verbrechen zu konstruiren, und den Strafcoder noch überdies aus dem Polizeistrafkoder zu rekrutiren. Hic est Rhodus! Würde man in diesen Punkten das Uebel bei der Wurzel angreifen, so würde man weit weniger im Falle seyn, gegen Härten zu eifern, die man selbst geschaffen hat, und sich

wegen überflüssig gewesener Humanität zu beloben. Ein weiteres Erforderniß, woran es auch meist fehlt, wäre ferner eine größere Beweglichkeit des Strafsystems, insbesondre eine größere Sorgfalt in Koordinirung und Subordinirung der Strafmittel [1]), namentlich um nur auf Ein Hauptübel aufmerksam zu machen, die Verbannung des beliebten Systems der abstrakten Konnexität der Ehren- und Freiheitsstrafen, und eine größere Ausdehnung der nichtentehrenden Gefängnißstrafe. Denn das ist freilich nicht zu läugnen, daß bei den hergebrachten Strafsystemen nothwendig in Konkurrenzfällen Ausnahmen auf Ausnahmen gemacht werden müssen, wenn man nicht inhuman und ungerecht zugleich werden will. Ein biegsameres Strafsystem würde aber gerade die einzig gerechte Aushilfe, welche sich angeben läßt, — die Strafverwandlung erleichtern, und die Abschaffung der irrationalen Strafmittel würde die Zahl der Fälle der Inkompatibilität der Strafen um ein Gutes vermindern. — Damit soll nicht gesagt seyn, daß hiedurch alle Schwierigkeiten abgeschnitten wären; denn immer würde die Eine Hauptschwierigkeit bleiben, welche in der gemessenen Dauer des menschlichen Lebens liegt, da die Möglichkeit, so viele Verbrechen zu begehen, daß die Gesammtstrafe unvollziehbar wäre, eine unendliche ist. Hier ist indessen zuvörderst Ein Grundsatz zu erwähnen, der von der Doktrin, wie von der neueren Legislation vielfach befolgt ist, der nämlich: daß in continuo vollzogene Freiheitsstrafen in Beziehung auf ihre Intensität nicht in arithmetischer, sondern in geometrischer Progression wachsen, daß daher die Gerechtigkeit selbst hier

---

1) S. die vielen treffenden Andeutungen bei Wächter, Strafarten und Strafanstalten.

einen diesem intensiven Mehr entsprechenden Abzug an der Dauer fordere [1]). Ohne Zweifel ist hiemit schon viel geholfen, und man muß sich nur darüber verwundern, daß man diesen Grundsatz, der doch für alle hinter einander zu erstehenden Freiheitsstrafen (also auch wenn ein schon rechtskräftig Verurtheilter oder ein Sträfling ein neues Delikt begeht, worauf Freiheitsstrafe steht) wahr ist, gleichwohl nur im Falle der Konkurrenz anerkennt [2]). Sodann aber bleibt es freilich immer noch möglich, daß bei konkurrirenden Verbrechen die Strafen inkompatibel sind, z. B. wenn mehrere Ehrenstrafen, wenn lebenslängliche Freiheitsstrafen unter sich oder mit kürzeren Freiheitsstrafen, oder wenn so viele zeitlichen Freiheitsstrafen zusammentreffen, daß die Gesammtstrafe (auch nach der zuvor namhaft gemachten Reduktion) die muthmaßliche Lebensdauer des Verbrechers übersteige. Hier können nun zwar immer noch die Ehrenstrafen in Freiheitsstrafen verwandelt werden, aber eben bei diesen kann und muß betreffenden Falls die Unmöglichkeit der Vollziehung eintreten. Hier entsteht jedoch die Frage, ob es denn überhaupt Sache der Gesetzgebung sei, die Ausnahme für solche Fälle festzusetzen, ob dies nicht vielmehr der Gnade überlassen werden müsse? Die neuen Gesetzbücher lassen in der Regel durch Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe alle andern Strafen absorbirt werden [3]). Das Wirtembergische dehnt denselben Grund-

1) Marezoll S. 156 unt. Kitka, Verfahren bei Abfassung neuer Gesetzbücher S. 124. Schüler, Beiträge S. 41. Hufnagel I. S. 251.

2) Das Wirt. GB. Art. 115. §. 2 geht einen Schritt weiter, bleibt aber doch wieder auf halbem Wege stehen.

3) S. z. B. Sächs. GB. Art. 52. Wirt. GB. Art. 117. Wie verträgt sich aber damit der Art. 128?

satz auf zeitliche Zuchthaus-, Arbeitshaus- und theilweise auf die Ehrenstrafen aus [1]). Ferner beschränkt dieses den Uebergang vom zeitlichen zu lebenslänglichem Zuchthaus auf den Fall, wenn eines der zusammentreffenden Verbrechen wenigstens mit 20 Jahren Zuchthaus zu bestrafen ist und der Betrag der durch die übrigen Verbrechen verwirkten Strafen dem höchsten Maße der zeitlichen Zuchthausstrafe sich nähert (Art. 116). Das Sächsische Gesetzbuch erlaubt dem Richter, die Strafe zu kürzen, wenn die Gesammtstrafe die wahrscheinliche Lebensdauer des Verbrechers übersteigen würde (Art. 58). Der Badische Entwurf setzt geradezu ein Maximum von 30 Jahren fest. Daß jene Absorptionen dem Rechte zuwider seien, gesteht man selbst, wenn man sich die processualische Frage vorlegt, ob nun die Verbrechen, deren Strafen absorbirt werden, auch nicht zu untersuchen seien [2])? Es liegt auch auf der Hand, daß hier der Gerechtigkeit abgebrochen wird, um entweder nur der Nothwendigkeit sich zu fügen oder noch überdies einen Akt der Humanität auszuüben. Ersteres ist nun allerdings etwas, das die Gesetzgebung anerkennen kann, ohne ihr Princip aufzugeben, wie sie ja auch anerkennt, daß der Tod die Strafbarkeit tilge. Dagegen ist Letzteres nicht ihre Sache, da vielmehr mit der oben gedachten Ausgleichung der Intensität und der Dauer ihr Geschäft beendigt ist. Liegen nun Fälle vor, wo die gesetzlichen Schärfungsmittel der lebenslänglichen Freiheitsstrafe nicht mehr ausreichen, um den Werth der Verschuldung auszudrücken, so hört das Amt der Gerechtigkeit unter dem diktatorischen Gebote der Nothwendigkeit auf, wie es aufhört, wenn der Angeschuldigte ihr

1) Wirt. GB. Art. 118. 119.
2) S. Hufnagel I. S. 641—649. II. S. 532. 901—903.

durch den Tod entzogen wird. Handelt es sich aber um die Frage, ob überhaupt die lebenslängliche Freiheitsstrafe geschärft werden soll (eine Frage, die jedoch nicht auf den Fall der Verbrechenskonkurrenz zu beschränken ist), oder ob es in Fällen der Konkurrenz nicht der Humanität gemäß sei, schon den Uebergang von zeitlicher auf lebenslängliche Freiheitsstrafe zu beschränken, oder gar diesen Uebergang gänzlich auszuschließen und sich mit einem Maximum der zeitlichen Strafe (einem abstrakten oder einem nach der wahrscheinlichen Lebensdauer bestimmten) zu begnügen, — so sind dies Fragen, welche die bloß zur Festsetzung des Rechts berufene Gesetzgebung nicht lösen kann. Ihre Beantwortung muß derjenigen Gewalt überlassen werden, deren Amt überhaupt es ist, die nothwendigen Härten des strengen Rechts auszugleichen, der Gnade. — Muß aber dies für das Princip anerkannt werden, so kann man nun in zweiter Linie die Frage aufwerfen, ob es nicht, da es sich hier von einem konstant und gleichmäßig sich wiederholenden Verhältniß handelt, angemessen sei, daß die Gewalt, der es zusteht, die Gnade zu spenden, ihr Vorrecht für die betreffenden Fälle ein für alle Male delegire? Und der Bejahung dieser Frage scheint allerdings nichts im Wege zu stehen.

Besondre Schwierigkeiten hat in der Doktrin und Gesetzgebung [1]) der Fall des fortgesetzten Verbrechens gemacht. Zwar hat man nun wohl allgemein die alte Definition verlassen, wornach Alles auf die Identität des Gegenstandes ankommen sollte, da namentlich die

1) S. Mittermaier n. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 128. Ders. im N. Arch. II. S. 234 f. Sander ebend. 1836. S. 374 f. Trefurt ebend. 1838. S. 422 f. Mittermaier in Demme's Ann. I. S. 1 ff. Heffter §. 163 a. E. Marezoll S. 154. n. 1—3.

hiernach gemodelte Bestimmung des bairischen Gesetzbuchs zu den sonderbarsten Entscheidungen geführt hatte (Gönner, Jahrbücher. I. S. 102. III. S. 156). Allein die weitere Beschäftigung der Wissenschaft mit der Sache hat noch zu keinem Abschlusse geführt, so daß das sächsische [1]) und wirt. Gesetzbuch [2]) es für gerathen gehalten haben, geradezu von einer Definition Umgang zu nehmen und die fernere Entwicklung des Begriffs der Doktrin zu überlassen. Mit Recht macht nun Mittermaier [3]) gleich von vorn herein geltend, daß man weder das Verbrechen als Verletzung der Rechte bestimmter Personen, noch als den wahren Gegenstand des Verbrechens als solchen den unmittelbaren Gegenstand der Handlung betrachten sollte, — Bemerkungen, die in ihrer tiefen Wahrheit hier schon mehrfach gewürdigt und am betreffenden Orte angewendet worden sind, die aber gerade bei der vorliegenden Frage um so weniger am Platze zu seyn scheinen, als es hier denn doch theilweise gerade auch auf den unmittelbaren Gegenstand der Handlung ankommt, mit welchem bei manchen Verbrechen das Objekt des Verbrechens selbst koincidirt. Die Erörterung mag sich an die Verhandlungen der Wirt. Abg. Kammer anknüpfen! Der Entwurf (dem hannövrischen folgend) forderte als Bedingungen (außer der Gleichartigkeit der Verbrechen): a) daß sie infolge ebendesselben verbrecherischen Entschlusses, oder b) in Beziehung auf dasselbe fortdauernde Verhältniß begangen worden, oder c) daß die mehreren Handlungen als Bestandtheile einer und derselben That zu betrachten seien. Dagegen wurde

---

1) Art. 49. Günther Bemerk. S. 37. Krug Studien I. S. 89.
2) Art. 122. Hufnagel I. S. 262. 263. III. S. 152—154. 646.
3) Demme's Ann. I. S. 5 ff.

mit dem Verf. der Bemerkungen ꝛc. [1]) eingewandt, daß die beiden ersten Requisite zu weit seien, da darunter auch wahre Konkurrenzfälle enthalten seien, der Ausdruck: Verhältniß insbesondre vag erscheine, das dritte Erforderniß aber eine petitio principii involvire [2]). Es wurde dagegen vorgeschlagen, Fortsetzung dann anzunehmen, wenn mehrere auf denselben Gegenstand oder einen unabgesonderten Inbegriff von gleichartigen Gegenständen, oder auf denselben Beschädigten, oder, wenn auch auf mehrere Beschädigte, doch auf denselben Endzweck gerichteten Verbrechen derselben Art infolge desselben verbrecherischen Entschlusses begangen werden. Da aber dieser Definition eingewandt wurde, daß das Erforderniß des gleichen Endzwecks wieder viel zu weit führe, so wurde die dritte vorgebracht: mehrere gleichartige Handlungen, die, in ununterbrochener Reihenfolge vorgenommen, nur Ein Verbrechen bilden würden. Indessen konnte nicht entgehen, daß auch diese Bestimmung theils unbestimmt sei, theils eine petitio principii enthalte. Es wurde daher das Erforderniß der Einheit des Entschlusses wieder hervorgesucht, jedoch wieder angefochten, weil die Praxis bisher auch dann fortgesetzten Ehebruch angenommen habe, wenn Jemand im Ehebruch lebe, das Verhältniß abbreche und hernach infolge eines neuen Entschlusses wieder aufnehme. Das Resultat war, wie gesagt, die Verweisung der Frage an die Doktrin. — Zunächst scheint nun aber vorerst jeder Fall ausgeschlossen werden zu müssen, wo es sich von einer Mehrheit verbrecherischer Entschlüsse handelt; wenn die wirt. Praxis hier Fortsetzung annahm, so hatte sie offenbar Unrecht. Denn, sollen mehrere Akte als Ein Akt gelten können, so ist

1) v. Kapff Bem. zum Wirt. Entw. S. 72—75.
2) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 11—14.

die Einheit vor Allem im Princip alles Handelns, im Willen zu suchen. Die Frage kann vielmehr nur seyn, ob die Einheit des Entschlusses genüge? Und diese ist zu verneinen. Es darf auch, die Einheit des Entschlusses vorausgesetzt, nicht durch die Wiederholung des Akts objektiv ein neues Verbrechen entstehen (wie bei dem, der nach einander verschiedenen Reisenden räuberisch auflauert) [1]). Es muß also auch an der objektiven Seite das Moment der Einheit gesetzt seyn. Wenn nun aber dies so ausgedrückt wird, daß die verschiedenen Akte als Bestandtheile Einer Handlung zu betrachten seyn müssen, so ist dies offenbar ein idem per idem. Die Frage ist gerade, wie diese objektive Einheit näher beschaffen seyn müsse? Auch führt jene Bestimmung dazu, Fälle, die nicht fortgesetzte Verbrechen, sondern in der That nur Ein Verbrechen sind, als fortgesetzte zu betrachten und daher einer strengeren Behandlung [2]) zu unterwerfen, nämlich die oben unter I. 2. A. angeführten; — weßhalb denn die Definition, welche Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 128 giebt, an zu großer Unbestimmtheit leidet, da darunter auch jedes einfache, mehrere Akte umfassende, Verbrechen fällt. Bei näherer Bestimmung der objektiven Einheit ist nun aber wohl die Identität des Beschädigten ganz bei Seite zu lassen, da sie für sich nie der Grund ist, warum man bloß ein fortgesetztes, nicht ein wiederholtes Verbrechen anzunehmen hat. Dagegen scheinen die Erfordernisse der Einheit des Objekts oder eines objektiven Verhältnisses geeignet zu seyn, die Sache auszudrücken, sobald sie mit dem Momente der

---

1) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 7. 8.

2) Mit Unrecht will Roßhirt Entw. S. 150 diesen Unterschied nicht zugeben.

Einheit des Entschlusses zusammentreffen [1]). Nur muß beides noch näher bestimmt werden. Was nun aber a) den Ausdruck: fortdauerndes Verhältniß betrifft, so ist er jedenfalls in seiner Allgemeinheit unrichtig [2]). Mit Recht konnte daher der Verf. der o. a. Bemerkungen fragen: ob es das Verhältniß des Verbrechers zu dem Beschädigten oder zu seinem Mitschuldigen, oder zu seiner Familie, oder zur Außenwelt überhaupt, oder ob seine Lebensweise, sein Nahrungsstand, sein Gewerbe, oder der Gegenstand, an welchem das Verbrechen begangen werde, gemeint sei? Die Unbestimmtheit verschwindet auch nicht, wenn Marezoll [3]) sagt, es handle sich von Fällen, wo nicht sowohl der einzelne Akt, als vielmehr das ganze Verhältniß das Verbrechen begründe. Auch Mittermaier braucht den Ausdruck viel zu unbestimmt [4]). Es müßte näher gesagt werden: ein dauerndes objektives Verhältniß von rechtlicher Bedeutung. Dann ist es nicht nöthig, von einem „Verhältniß der Vermögenslosigkeit, der Feindschaft rc." zu sprechen und dadurch die Sache lächerlich zu machen. Jene Bezeichnung paßt wenigstens auf den Ehegatten, der die eheliche Treue bricht, auf den untreuen Verrechner, auf den gewissenlosen Vormund; sie paßt auch auf den Fall fortgesetzten Incests oder fortgesetzter Sodomie u. dgl., sofern hier ein dauerndes Verhältniß von widerrechtlicher Bedeutung begründet wird. Indessen kann der Ausdruck überhaupt entbehrt werden, sobald nur b) die Identität des Objekts auf die gehörige Weise bestimmt wird. Hier ist zuvörderst an den oben gedachten Unterschied solcher Verbrechen, die quantitativ abge-

1) Dieses Moment fehlt bei Oersted, Grundregeln S. 397. 398. Vgl. aber S. 411.

2) S. auch Mittermaier a. a. O.

3) L.B. S. 154; ebenso Heffter §. 163 a. E.

4) Demme's Ann. I. S. 8 unten.

schlossen sind, von solchen zu erinnern, bei welchen das Gegentheil stattfindet. Tödtung, Körperverletzung sind z. B. mit einem Individuum abgeschlossen; wer sich mithin auf Einmal entschlöße, eine ganze Familie umzubringen, der würde keinen fortgesetzten Mord begehen. Ebenso würde von bloß fortgesetztem Ehebruch nicht die Rede seyn können, wenn Jemand sich entschlöße, mit mehreren Ehefrauen Ehebruch zu treiben, d. h. mehrere ehliche Verhältnisse zu verletzen. Umgekehrt haben die Verbrechen gegen das Eigenthum keine solche schlechthin bestimmte quantitative Grenze; daher ist bloß fortgesetztes Verbrechen vorhanden, wenn Jemand mit falschem Maß und Gewicht fortdauernd Betrug verübt, wenn er die Leinwand von einer Bleiche auf mehrere Male stiehlt, wenn ein Dienstbote aus der Geldkasse seines Herrn, wozu er sich ein für alle Male den Zutritt eröffnet, mehrmals Entwendungen macht. Es ist jedoch klar, daß bei den Verbrechen der letztern Art eine genauere Bestimmung nöthig ist, wo der Begriff der Fortsetzung seine Grenze habe. Wiederum giebt es eine Reihe von Verbrechen, bei denen der Akt, noch so oft wiederholt, das Objekt des Verbrechens nicht wachsen macht; dahin gehört der Ehebruch von Seiten eines Ehegatten, ferner blutschänderische, widernatürliche Unzuchtsverhältnisse mit derselben Person (dort ist das Objekt die Heiligkeit des bestimmten ehlichen Verhältnisses, hier die Forderung der natürlichen Sittlichkeit gegenüber einer blutsverwandten, oder einer Person überhaupt); ebenso die Prävarikation eines Advokaten gegenüber einem bestimmten Klienten, die Defraudation eines Rechenbeamten in Beziehung auf eine bestimmte Kasse, die Vorzeigung eines falschen Passes bei verschiedenen Behörden u. s. f. Bei dieser Klasse von Verbrechen nun

bedarf es nur einer richtigen Bestimmung des Objekts des Verbrechens als solchen, um den Unterschied zwischen Fortsetzung und Wiederholung aufzufinden. Päderastie z. B. kann mit Einem Genossen in's Unendliche hin fortgesetzt werden; dagegen entsteht mit jedem neuen Genossen ein neues Verbrechen. Die Produktion einer gefälschten Sache (mit deren Fälschung die Verletzung der fides publica ein für alle Male vorhanden ist) kann beliebig fortgesetzt werden; dagegen bildet jede neue Fälschung ein neues Verbrechen. Die richtige Bestimmung des Objekts ergiebt hier immer von selbst, ob mit dem neuen Akt ein neues Objekt entsteht oder nicht. Dagegen sind es die zuvor genannten, quantitativ unbeschlossenen Verbrechen, welche eine weitere Bestimmung nöthig machen. Dieselbe dürfte darin liegen, daß Fortsetzung anzunehmen wäre, sobald an dem Gegenstande der Handlung eine solche Qualität sich findet, daß es glaublich gefunden werden kann, der Thäter habe die verschiedenen Akte in die Einheit Eines Entschlusses zusammengefaßt, d. h. nur dann, wenn das Objekt auch unabhängig von dem subjektiven Belieben des Thäters für sich ein Ganzes bildet, nicht aber wenn die Vorstellung einer solchen Totalität nur in der Willkühr des Thäters begründet ist [1]). Von den sechs Fällen, die Mittermaier [2]) aufzählt, sind hiernach die Fälle 1. 2. 4 und 5 b. anzuerkennen, während in den Fällen 3 und 5 a. nur Ein Verbrechen anzunehmen seyn möchte. Was aber den Fall 6 betrifft, auf den er ganz besonderes Gewicht legt [3]), so ist wohl die Anwendung des

1) Damit ist wohl das, was Mittermaier a. a. O. S. 14 unter 4) sagen will, bestimmter bezeichnet.

2) A. a. O. S. 8—11.

3) n. 1 u. 2 zu Feuerbach §. 128. Vgl. Martin §. 64.

Begriffs der Fortsetzung auf kulpose Vergehen sowenig zu rechtfertigen, als die des Versuchsbegriffs. Denn das Versehen schließt gerade das Eine wesentliche Moment für den Begriff des fortgesetzten Verbrechens, die Einheit des Entschlusses aus, der doch hier nur als positives Wollen gedacht werden kann, während das Versehen wesentlich auf dem Nichtwollen beruht. In dem von Mittermaier 1) angeführten Fall eines Apothekers, der in eine, die Aufschrift eines oft angewendeten Heilmittels tragende, Büchse Arsenik gebracht hatte und nun, im Laufe von zwei Tagen verschiedene Male aus dieser Büchse dispensirend, acht Personen vergiftete, würde noch dazu die irrationale Nothwendigkeit entstehen, eine fortgesetzte Tödtung oder Körperverletzung an mehreren Personen anzunehmen, während doch gerade bei diesen Verbrechen, selbst die Einheit der Absicht vorausgesetzt, mit jedem neuen Objekt ein neues Verbrechen objektiv entsteht. In dem besagten Fall lag die Tödtung von acht Personen vor, die nicht mehr und nicht minder bestraft werden mußte, als wenn diese acht Personen in Einem Momente durch eine fahrlässige Handlung umgekommen wären. Schon oben wurde gegen Oersted bemerkt, daß kein Grund vorliege, in solchem Falle von den gewöhnlichen Grundsätzen über die ideale Konkurrenz abzugehen, da ja allgemein zugegeben wird, daß die Strafbarkeit des Versehens mit der Größe der objektiven Rechtsverletzung steigt (sofern dadurch die Fahrlässigkeit als eine intensivere erscheint), durch gehörige Weite des Strafrahmens für kulpose Tödtung aber jeder Härte vorgebeugt werden kann. Behauptet doch auch Mittermaier 2), es liege

1) Demme's Annalen I. S. 11.
2) A. a. O. S. 12.

nicht bloß fortgesetzte Verläumdung, sondern eine Konkurrenz mehrerer Verläumdungen vor, wenn Jemand zugleich sich entschließe, mehrere Personen zu verläumden. Mit Recht dagegen erklärt er sich [1]) gegen die, allerdings scharfsinnige, Ausführung von Sander, wenn gleich seine Argumentation aus der moralischen Triebfeder den Kern der Sander'schen Ansicht [2]) nicht treffen dürfte. Denn diese läßt sich, ganz ungetrübt von Einmischung moralischer Rücksichten, so ausdrücken: daß stets nur Ein Verbrechen vorliege, wenn ein Individuum noch so oft nur Ein Verbrechensobjekt angreife, nur Eine bestimmte sittliche Potenz (Leben, Freiheit, Heiligkeit der Ehe, fides publica ꝛc.) negire. Darin liegt auch gewiß etwas sehr Wahres. Aber die Ansicht fehlt darin, daß sie die Identität in der subjektiven Seite des Verbrechens abstrakt zur Geltung bringt, und dem Objekt des Verbrechens, d. h. der objektiven Sittlichkeit selbst, die unabhängig von dem subjektiven Meinen und Belieben des Verbrechers besteht, ihr Recht nicht anthut, wie es ihr oben vindicirt worden ist. —

2) Die Nothwendigkeit der Strafverwandlung [3]) wegen physischer oder rechtlicher Unmöglichkeit der Vollziehung der zunächst verdienten Strafe ist wohl allgemein zugegeben (nur Grolman Grundsätze §. 117 will, wenn wenigstens ein Theil dieser Strafe vollziehbar ist, diesen vollzogen und die Strafverwandlung ausgeschlossen wissen). Dagegen ist auf verschiedene bestrittene Punkte aufmerksam zu machen. a) Man hat hie und da

1) A. a. O. S. 16—18.
2) N. Arch. 1836. S. 374.
3) Wächter I. §. 120. Hefftter §. 158. 159. Marezoll S. 140—142. Mittermaier zu Feuerbach §. 158. 159. Abegg §. 154.

behauptet, daß Strafverwandlung auch dann eintreten dürfe oder müsse, wenn der Verbrecher die bestimmte Strafe nicht für ein Uebel achte, sondern etwa gar wünsche. Allein diese Behauptung fällt mit der falschen Ansicht, daß die Strafe ein Uebel sey, und daß sie den Zweck der Abschreckung zum Princip habe [1]. b) Man hat gefragt, ob auch der Stand des Verbrechers einen Grund zur Strafverwandlung abgebe [2]? Schon die älteren Kriminalisten bejahten die Frage, wenigstens bei arbiträren Strafgesetzen, damit nicht Verbrecher gebildeteren Standes durch die nach der Volksansicht beschimpfende Qualität gewisser Strafarten eine gegenüber von andern vergleichungsweise härtere Strafe zu erleiden haben sollen. Diese Ansicht vertheidigen auch noch Martin, Wächter, Heffter, dieser jedoch nur unter der Bedingung, daß gesetzlich analoge Strafanstalten oder zu solcher Berücksichtigung berechtigende Privilegien vorhanden seyen, — womit er eigentlich die entgegenstehende Ansicht von Marezoll, Mittermaier ꝛc. bestätigt, welche die Berücksichtigung des gedachten Mißverhältnisses zwar der Gesetzgebung zur Beachtung empfehlen, dagegen dem Richter (wenigstens bei bestimmten Strafgesetzen) ein Recht zur Verwandlung aus diesem Grunde nicht einräumen. Letztere Ansicht verdient auch wohl den Vorzug, da es in keinem Falle Sache des Richters seyn kann, Fehler der Gesetzgebung zu korrigiren. Eine gewisse Rechtfertigung hatte die entgegenstehende Ansicht und die ihr folgende Praxis allerdings an dem elenden Zustande des von der Gesetz-

1) S. Abegg Unters. Abh. I.

2) Heffter §. 158 n. 5. Marezoll S. 141. n. 2. vgl. Oersted Grundregeln S. 375 ff. Martin §. 64. u. 4. Wächter I. 118. n. 85.

gebung verwahrlosten gemeinen Rechts. Mit Recht hat dagegen die neuere Legislation [1]) in dieser Frage ihr Recht und ihre Pflicht gewahrt; und, wenn etwas dabei zu bedauern ist, so ist es nur der aristokratische Schnitt, den ihre Bestimmungen tragen [2]). Auf die Bemerkung von Wächter sodann: daß besondre Nachtheile an der Standesehre und den Standesrechten, die einen Verbrecher infolge einer bestimmten Strafe treffen, als Gründe relativer Strafminderung berücksichtigt werden sollten, scheint Heffter treffend zu entgegnen, daß hiezu kein Grund vorhanden sei, da jenes nur eine sehr verdiente Rückwirkung auf das besondere bürgerliche Verhältniß des Verbrechers sei. c) Die Frage [3]), ob der Richter auch nach ausgesprochenem rechtskräftigen Urtheile die schon erkannte Strafe noch verwandeln dürfe, gehört in den Prozeß.

3) Irrigerweise stellen Manche den, wegen unverschuldet erlittener Uebel zu machenden, Abzug an der Strafe als eine Strafmilderung dar [4]). Die Sache selbst ist unbestritten. Nur setzen Doktrin und neuere Legislation häufig Beschränkungen, die sich mit dem hier strikt zur Anwendung kommenden Princip der Gerechtigkeit keineswegs vertragen, so wenn sie bloß unverschuldet erlittenen Arrest an verwirkter Gefängnißstrafe in Abrechnung bringen, wie das sächs. Gb. (Art. 62.) [5]), oder wenn sie zwar viel weiter gehen, wie das Wirt. Gb.

---

1) S. Mittermaier zu Feuerbach. n. 2 zu §. 143 u. n. 2 zu §. 159.

2) S. die Verh. der Wirt. Abg. Kammer bei Hufnagel I. S. 26. 29. vgl. III. S. 43—45.

3) Wächter I. S. 242 ob.

4) Dagegen Wächter I. §. 119. Marezoll S. 149. 150. Mittermaier n. 1. 2 zu Feuerbach §. 99. Heffter §. 157. n. 2. Abegg N. Arch. XVI. S. 155 ff.

5) S. Schüler Beitr. S. 49.

(Art. 114.), aber an der Todes- und lebenslänglichen Freiheitsstrafe keinen Abzug zulassen [1]).

C. Die Schranken der gesetzgebenden und der richterlichen Gewalt.

§. 215.

Vornehmlich bei der Bemessung der Strafe für konkurrirende Verbrechen hat sich gezeigt, daß Gesetzgebung und richterliche Gewalt Schranken haben, die sie nicht überspringen können, ohne ihre Natur aufzugeben. Allein nicht nur in diesem Falle, sondern allenthalben können diese Schranken hervortreten, weil dieselben im Wesen der gedachten Staatsgewalten selbst liegen. Einerseits ist nämlich das Gesetz nothwendig abstrakter Natur; und andrerseits ist die richterliche Gewalt, welche die allgemeine Norm an der unendlichen Mannigfaltigkeit der konkreten Fälle zu verwirklichen hat, nothwendig an die abstrakten Grenzen der gesetzlichen Norm gebunden, so daß bei der für die Gesetzgebung bestehenden Unmöglichkeit, alle konkreten Fälle in ihrer unendlichen Eigenthümlichkeit vorauszusehen, ein Widerspruch zwischen dem Zwecke des Gesetzes und seiner Vollziehung entstehen muß, den die gedachten Staatsgewalten für sich nicht aufzulösen im Stande sind. Indem aber hieraus das Bedürfniß einer, sie zur Einheit vermittelnden, höhern Gewalt entspringt, der die Macht gegeben seyn muß, die Endlichkeit jener Gewalten in ihrer Unendlichkeit aufzuheben, mithin das Gesetz selbst für den einzelnen Fall zu mildern oder ganz zu negiren, so zeigt sich zugleich, daß überhaupt die am endlichen Willen des Verbrechers selbst sich vollziehende Gerechtigkeit nur eine relative ist, und daß es noch weitere Formen ihrer Erscheinung geben muß.

---

1) Dagegen Heffter a. a. O. A. M. Feuerbach, Wächter u. A.

Anm. — Es ist bei Gelegenheit der Verbrechenskonkurrenz (§. 214 Anm. 1.) auf die Begriffsverwirrung hingewiesen worden, welche darin liegt, wenn man eine nur der Gnade zustehende Ausgleichung des strengen Rechts mit der Eigenthümlichkeit eines Falls, den das Gesetz, ohne seiner Konsequenz zu entsagen, nicht vorausbestimmen kann und darf, gleichwohl von der Gesetzgebung fordert. Hier ist nun der Ort, daran zu erinnern, daß die strenge Gerechtigkeit, auf deren unverrückter Handhabung allein das Vertrauen in die Strafgesetzgebung und Strafjustiz beruht, nicht die einzige und letzte Form der Idee der Gerechtigkeit ist, daß vielmehr gerade ihre relative und insoweit endliche Natur die Nothwendigkeit einer höheren, ausgleichenden Gerechtigkeit setzt. In keinem organischen Systeme ist es aber zulässig, dem einen Gliede eine Funktion zu vindiciren, die zur specifischen Bestimmtheit eines anderen gehört; und es heißt nur die Pflicht der Gerechtigkeit gegen die Natur der Sache selbst üben, wenn die Wissenschaft auch hier darauf dringt: „jedem Elemente des Ganzen die Bestimmungen seines besonderen Fürsichseins zuzutheilen."

II. Tod und Verjährung.

§. 216.

Die Wiederaufhebung der im Verbrechen gesetzten Verneinung am endlichen Willen des Verbrechers selbst wird dann ausgeschlossen, wenn dieses nichtige endliche Dasein durch einen Akt des Unendlichen selbst aufgehoben wird. Die Strafe wäre dann nicht nur überflüssig, sondern, weil überflüssig, auch ungerecht, ja ein Widerspruch mit sich selbst, da sie selbst das Nochnichtaufgehobensein jener nichtigen Existenz voraussetzt. Ein solcher reiner Akt des Unendlichen be-

thätigt sich aber 1) in dem Tode des Verbrechers, wodurch die subjektive Existenz des Verbrechens, der Wille des Verbrechers, aufgehoben und hiemit der Gegenstand der Strafe hinweggenommen wird. Es kann daher in solchem Falle eine Untersuchung nicht mehr eingeleitet, und die etwa schon eingeleitete muß abgebrochen werden, soweit sie den Verstorbenen betrifft. Wäre aber eine Strafe bereits rechtskräftig erkannt gewesen, so kann diese nicht mehr vollzogen werden, außer sofern sie das nur mittelbare Medium des Willens, das Vermögen, betrifft. Da in diesem die Persönlichkeit des Verbrechers nicht untergeht, sondern von seinen Erben fortgesetzt wird, so müssen die Vermögensstrafen von diesen getragen werden, soweit die Erbschaft reicht. Dadurch wird aber natürlich die civilrechtliche Schadensersatzpflicht der Erben nicht berührt, wie es sich auch von selbst versteht, daß die Nothwendigkeit der Herausgabe des durch das Verbrechen erlangten widerrechtlichen Erwerbs durch den Tod des Verbrechens nicht aufgehoben wird.

Anm. [1]) — Die Geschichte unseres positiven Rechts hat in dieser Materie mehrere sehr herbe Mißgriffe aufzuweisen. Zwar spricht das römische Recht den Grundsatz aus: crimen extinguitur mortalitate, und als Ausnahme davon kann weder [2]) das betrachtet werden, daß der Tod des Verbrechers den fiskalischen Anspruch auf die Commissa und Scelere quaesita, noch das, daß er die civilrechtlichen Ansprüche aus dem Delikte nicht aufhebt. Wohl aber enthält das römische Recht wahre, nicht zu rechtfertigende, Ausnahmen, indem es nicht nur übereinstimmend mit dem ältesten germanischen Rechte [3]), Strafvollstreckungen

---

1) Wie von Wächter I. S. 276 unter c. geschieht.
2) S. hierüber Roßhirt Entw. S. 374 ff. vgl. mit Heffter §. 193.
3) Wilda S. 288–294.

gegen Todte und ihre unschuldigen Erben kennt (beim Majestätsverbrechen), sondern auch, wohl um Zusammenhang mit dieser Abnormität, Eröffnung oder Fortsetzung der Untersuchung nach dem Tode des Verbrechers gestattet (beim Majestätsverbrechen, Pekulat, Residuum, amtlicher Erpressung und Desertion), insbesondere um dem Fiskus das Vermögen des Angeschuldigten zu verschaffen. Mochte diese Behandlung ursprünglich bei den Privatdelikten und den aus ihnen hervorgegangenen crimina extraordinaria ihre Entschuldigung finden, so fiel doch diese mit der Aufhebung des ordo judiciorum, da die meisten Verbrechen die Natur der öffentlichen erhielten, hinweg [1]), während gleichwohl noch das neueste Recht den Satz festhielt, daß bei Privat- und außerordentlichen Verbrechen, sobald accusatio mota gewesen sei, der Proceß auch gegen die Erben fortgesetzt werden könne. Daß man die Sache nicht für rechtlich ansah, beweist auch wohl theils dies, daß man bei stillschweigenden Vermögenskonfiskationen die rechtskräftige Verurtheilung des noch lebenden Schuldigen selbst als Bedingung für den Uebergang der Vermögensstrafe auf Erbschaft ansah, theils die wenigstens einigermaßen mildernde Novelle Justinians bei den ausdrücklichen Konfiskationen, wie man denn auch als Regel bei den öffentlichen Verbrechen immerhin die aufstellte, daß der Verbrecher selbst die Verurtheilung, wenn auch nicht die rechtskräftige, erlebt haben müsse [2]). Bedenkt man nun daneben den unschicklichen Luxus, der überhaupt mit Konfiskationen getrieben wurde [3]), so muß man wohl gestehen, daß

1) Heffter §. 192. n. 7.
2) Marezoll S. 162.
3) Ders. S. 115.

das römische Recht in dieser ganzen Materie keine ratio scripta war. — Auch das deutsche Recht war in dieser Beziehung keineswegs so rein, als man wohl behauptet hat [1]), da die Volksrechte gleichfalls Vermögenskonfiskationen, ausdrückliche und stillschweigende, in bedeutendem Umfange kennen [2]) „ohne daß die deutschen Könige hierin von den Römern gelernt hätten." Wenn gleich die Rechtsspiegel [3]) von stillschweigenden Konfiskationen nichts wissen, so zeigen doch die Vorschriften der P.G.O. darauf hin, daß mit gesetzlosen Maßregeln der Art ein arger Mißbrauch getrieben worden seyn muß [4]). Zwar scheint es, daß man gleichwohl wenigstens darin beim Recht blieb, daß man die Verurtheilung des Schuldigen bei seinen Lebzeiten als Bedingung der Exequirung forderte, wie denn auch jedenfalls die P.G.O. in Uebereinstimmung mit der italienischen Doktrin und Praxis die stillschweigenden Konfiskationen verpönt [5]). Dagegen hielt sich das deutsche Recht von wirklichen Strafvollstreckungen gegen Verstorbene keineswegs frei, indem nicht nur Gesetze die damnatio memoriæ und die Versagung des ehrlichen Begräbnisses als Strafe androhten, sondern überdies Doktrin und Praxis sogar Exekutionen am Leichname des Verbrechers für gerechtfertigt hielten, theilweise sogar ohne bei Lebzeiten erfolgte Verurtheilung [6]). Auch war es wenigstens inkonsequent, wenn die P.G.O. die Bestimmung des römischen Rechts über die Publika-

---

1) Wächter I. S. 182 unten. Heffter §. 137. n. 2.
2) Wilda, a. a. O. u. S. 519—522.
3) Sachs. Sp. II. 31. Schwab. Sp. c. 296.
4) Marezoll, S. 115.
5) Heffter, §. 137. n. 3. 4.
6) Heffter §. 169. n. 1. 2. §. 192. n. 10. 11. Kämmerer Beiträge rc. n. 5.

tion der Güter des sich selbst entleibenden Kriminalangeklagten, obgleich sie sich nur auf stillschweigende Konfiskationen bezog, dennoch beibehielt [1]). — Mit Recht hat die neuere Gesetzgebung in dieser ganzen Materie geneuert. Nicht nur ist die Vermögenskonfiskation überhaupt durch die neueren Verfassungsurkunden und Strafgesetzgebungen meist ganz aufgehoben [2]), sondern es ist auch in Doktrin und Legislation allgemein anerkannt, daß der Tod die Strafbarkeit tilge, und daß nur rechtskräftig bereits erkannte Vermögensstrafen auf dem Vermögen des versterbenden Schuldigen haften [3]). Wenn Abegg sagt, es verstehe sich, daß das Andenken des Verbrechers nicht das eines Unbescholtenen sei, und daß der hiefür sonst eintretende Schutz nicht gewährt werden könne, so ist dies ganz in der Ordnung, aber es läßt sich nicht vertheidigen, wenn Heffter [4]), der in der Note die damnatio memoriæ und die Versagung des Begräbnisses nennt, offenbar viel weiter geht und andeutet, daß das Gesetz derlei auch zu abschreckender Drohung benützen könne, gleichwie es auch nicht zu billigen ist, wenn er die Exekution im Bildnisse wenigstens zu vertheidigen sucht [5]). Uebrigens haben auch neuere Gesetzgebungen hier noch theilweise Reste verjährten Unrechts zu tilgen, wie denn z. B. das zuvor angef. Wirt. Gesetz denn doch noch Ausnahmen zuläßt [6]); — wogegen es etwas ganz Andres ist, wenn behufs der Eruirung anderweitiger Ansprüche, z. B. in Be-

1) Marezoll bürg. Ehre S. 330 ff.
2) Wächter I. §. 103. n. 41 a. E. Heffter, §. 139. n. 3.
3) Heffter §. 192 a. E. Marezoll. S. 161—163. Abegg §. 175. Wirt. Ges. über die privatrechtl. Folgen. Art. 7.
4) §. 191. zu not. 5. vgl. Abegg S. 258.
5) §. 169. n. 2.
6) Wächter Erläuterungen zu diesem Gesetz S. 41. not. 88 a.

ziehung auf die Haftung für die Untersuchungskosten oder in Beziehung auf die Pensionsansprüche der Hinterlassenen und dgl. die Fortsetzung der Untersuchung auch nach dem Tode des Angeschuldigten angeordnet wird [1]). Mit den Vermögenskonfiskationen selbst ist dann übrigens namentlich auch die Strafvollstreckung gegen den Kriminalangeklagten, der sich selbst entleibt, hinweggefallen.

Eine besondere Herausbebung verdient indessen hier noch der Selbstmord überhaupt [2]). Von demselben wurde oben (§. 182) gezeigt, daß er ein Unrecht, jedoch ein geringeres Unrecht, als die Tödtung eines Dritten, und wesentlich auf derselben Stufe mit der Tödtung eines Einwilligenden stehe. Es fragt sich nun aber gleichwohl, ob dieses Unrecht strafbar sei? Nach vorstehendem Paragraphen muß diese Frage für den Urheber des vollendeten Selbstmords verneint werden. Denn, wenn gleich in diesem Falle der Tod durch den eigenen Willen des Individuums eintritt, so ist der Erfolg doch immer der, daß es forthin an einem Gegenstande der Strafe fehlt. Die That führt ihre Strafe mit sich selbst. Dies ist von Feuerbach [3]), so wenig auch der Grund, warum er den Selbstmord für ein Unrecht erklärt, gebilligt werden kann, richtig ausgesprochen worden; und nur diese Ansicht hält die richtige Mitte zwischen denjenigen, welche den Selbstmord abstrakt für strafbar [4]), und denjenigen, welche ihn abstrakt für straflos erklären. Es ergeben sich aber daraus als praktische Konsequenzen:

1) Hufnagel I. S. 284 in der Note.
2) Vgl. Wächter N. Arch. X. S. 72 ff. 216 ff. 634 ff. Falk ebend. XI. S. 143 ff. Trummer Beiträge rc. S. 290. Abegg Unters. S. 73 ff. Heffter §. 225—228. Marezoll S. 279. 280.
3) Lb. §. 241. vgl. Marezoll S. 279.
4) Man sollte das Eselsbegräbniß endlich der Geschichte überlassen!

a) daß beim vollendeten Selbstmord nichts darauf ankommen kann, ob der Thäter eines andern Verbrechens angeschuldigt war oder nicht. Denn, wenn einmal anerkannt ist, daß überhaupt eine Strafe nicht gedacht werden kann, wo es an dem endlichen Willen fehlt, an dem sie zu setzen wäre, so kann man auch nicht mit dem römischen Rechte die Selbstentleibung des Kriminalangeklagten als eine in fraudem legis geschehene Handlung betrachten und der darin ausgesprochenen conscientia criminis halber die Strafe wegen dieses Verbrechens verhängen; b) daß die Straflosigkeit des vollendeten Selbstmords in Beziehung auf den Urheber weder die Straflosigkeit des Gehilfen, noch die des Versuchs mit sich führt. Was die Beihilfe zum Selbstmorde betrifft, so wird sie nicht selten (so auch von den Mot. zum Wirt. Gb. [1]) mit der Tödtung eines Einwilligenden verwechselt [2]). Ganz inkonsequent ist es, wenn das Wirt. Gb. die Tödtung eines Einwilligenden bestraft, dagegen die Beihilfe zum Selbstmorde gänzlich straflos läßt, und es ist dies praktisch um so bedenklicher, da nicht nur Beihilfe, sondern auch Anstiftung dem Selbstmord vorkommt, die nach Wirt. Recht gleichfalls straflos gelassen werden muß [3]). Mit Recht bezeichnet Hufnagel dies als Fehler, der im braunschweig. Gb. (Art. 138), so wie im badischen und preuß. Entw. vermieden ist. — Der Versuch des Selbstmords läßt Strafe ganz wohl zu, daher in dieser Hinsicht die vielhundertjährige deutsche Praxis [4]), die sich hier auch auf

1) Hufnagel II. S. 30.
2) Mittermaier zu Feuerbach §. 35 u. not. 2 zu §. 243.
3) Hufnagel II. S. 20—22. III. S. 287. 288. vgl. Kitka Zusammentreffen rc. S. 91 Note. Hitzig Annal. IV. S. 162 ff. Hier wurde mit Recht eine kulpose Anstiftung nicht angenommen.
4) Heffter §. 226. 227.

das römische Recht berufen konnte, an sich keinen Vorwurf verdient. Indessen ist anzuerkennen, daß hier wieder einer der Fälle vorliegt, wo das strenge Recht in der Regel in Konflikt mit der Eigenthümlichkeit des Falls kommt, da derartige Versuche meist ihren Ursprung in einer krankhaften Seelenstimmung haben werden [1]); und aus diesem Grunde wird hier wiederum eine Delegation des Begnadigungsrechts am Platze seyn, sowie man denn auch gestehen muß, daß die von der Praxis angewendeten Strafen sehr unpassend waren [2]).

Abgesehen von den Dissentienten hinsichtlich des Selbstmords, sind nun übrigens mit dem Grundsatze, daß der Tod die Strafbarkeit tilge, im Wesentlichen alle neueren Kriminalisten einverstanden. Nur ist es eine oberflächliche Betrachtungsweise, wenn der Tod fast allgemein nur eben unter den „faktischen Hindernissen" der Bestrafung aufgeführt und wohl gar mit Flucht oder Krankheit des Verbrechers zusammengestellt wird [3]). Denn abgesehen davon, daß letztere Umstände nur Strafaufschubsgründe sind, da selbst geistige Krankheit nie für schlechthin unheilbar angesehen werden darf [4]), so ist es, wie gezeigt, ein tieferes Moment, was in dem fraglichen Grundsatze zur Erscheinung kommt.

2) Als Gründe der Aufhebung der Strafbarkeit werden häufig noch weiter angeführt der Verzicht auf die Klage, die völlige Freisprechung, und die Verbüßung der verwirkten Strafe. a) Nachdem in der neueren Doktrin und Gesetzgebung die Ansicht durchge-

---

1) Heffter §. 227. Mittermaier n. 1 zu Feuerbach §. 243.
2) Wächter a. a. O. S. 646. n. 151. S. 652; s. dagegen auch Preuß. L.R. 803 f. Oestr. Gb. üb. schw. Poliz. Uebertr. §. 90 f.
3) S. z. B. Wächter I. §. 127.
4) Abegg §. 176. Marezoll S. 158 oben.

drungen ist [1]) daß mit dem Geiste des modernen Strafrechts die römischen Privatstrafen nicht mehr verträglich seien, weil theils der verletzte Private nur vollen Schadensersatz anzusprechen habe, theils der Verbrecher nur gegenüber dem Staate straffällig werde, so war es jedenfalls inkonsequent, wenn neuere Gesetzgebungen, wie die sächsische und die wirtembergische, gleichwohl dem Verletzten eine Einwirkung auf die Strafe einräumten (um so mehr, wenn sie denn doch eine Reihe von Privatstrafen als solche, und besonders die actio injur. aestimat. beibehielten) [2]). Indessen darf der Satz nicht mit Wächter umgekehrt und daraus, daß etwa Privatstrafen in gewissem Umfange noch für zuläßig gehalten würden, geschlossen werden, daß man dann auch die Bestrafung gewisser Verbrechen überhaupt von dem Willen des Verletzten abhängig machen müsse. Denn darin hat ohne Zweifel Wissenschaft und Gesetzgebung unserer Zeit vollkommen Recht, daß sie den Begriff des Privatdelikts, aus welchem das Letztere folgt [3]), gänzlich aufgegeben haben. Sobald anerkannt ist, daß das Verbrechen wesentlich nicht Läsion eines Einzelnen, sondern Verletzung des Rechts als solchen ist, das der Staat als Organismus der Rechtsidee zu vertreten hat [4]), so kann auch von einer Aufhebung der Nothwendigkeit der Strafe durch den Verzicht des Verletzten nicht mehr die Rede seyn. Damit ist nun keineswegs gesagt, daß, „was Form und Natur des Strafmittels betrifft, die Strafe

1) S. die Mot. z. d. Wirt. Ges. üb. d. privatr. Folgen. Art. 4.
2) Wächter Erläuterungen zu dem ang. Gesetze. S. 41—48.
3) S. Heffter §. 195.
4) Es genügt nicht mit Wächter zu sagen: zunächst solle der Staat strafen, — und im Interesse der Gesammtheit werde gestraft.

nothwendig und stets unmittelbar an den Staat abzutragen sei"; vielmehr lassen sich allerdings sehr viele der Privatstrafen des gemeinen Rechts, zwar nicht allein, aber doch neben öffentlichen Strafen, ihrem Inhalte nach wohl rechtfertigen, wenn auch keineswegs aus sämmtlichen von Wächter angef. Gründen [1]). Allein offenbar dürfte die moderne Gesetzgebung die gedachten Nachtheile eben nicht unter den Begriff der Strafe, sondern sie müßte sie unter den des Schadensersatzes stellen, wie denn auch Wächter in ihnen das „geeignetste Mittel, dem Verletzten eine Genugthuung zu verschaffen", findet. Müßte nun allerdings ein Verzicht des Verletzten auf diese Genugthuung durchaus zugelassen werden, so würde gleichwohl daraus nicht folgen, daß auch die Strafe des betreffenden Delikts von dem Willen des Verletzten abhängig gemacht werden müßte. In der That sind denn auch die nur auf Klage zu bestrafenden Delikte der neueren Gesetzgebungen sonderbare Zwitterdinge, und wenigstens im Wirtemb. Rechte straft sich der hier der sog. Kriminalpolitik über das Recht eingeräumte Vorzug, wie zu erwarten war, durch eine Reihe von Inkonvenienzen und Kontroversen — (besonders in Beziehung auf den Art. 136) [2]. — Wenn mithin der Verzicht des Verletzten auf die Klage als Strafaufhebungsgrund nicht anerkannt werden kann, so muß dies allerdings b) mit der Freisprechung und c) mit der Verbüßung der verwirkten Strafe geschehen. Allein es ist klar, daß diese Gründe im Systeme keine eigene Stelle für sich ansprechen können, da ja das ganze Strafrecht überhaupt dies zu seinem Inhalte hat, daß das Ver-

1) Besonders nicht aus dem ersten. S. 42 unten.
2) Hufnagel Anmerkungen zum Straf-Gb. S. 130—138.

brechen durch die Strafe wieder aufgehoben werde, nach geschehener Wiederaufhebung aber kein Gegenstand der Strafbarkeit übrig bleibt. Von der Freisprechung insbesondre bemerkt Abegg [1]) richtig, daß dadurch nicht sowohl eine verwirkte Strafe aufgehoben, als vielmehr erklärt werde, es sei keine verwirkt, eben damit ist aber gesagt, daß sie nicht hierher gehört. Muß eine solche Erklärung nochmals wegen Nichtigkeit wieder aufgehoben werden, so ist es dann ebensogut, als ob sie nie erfolgt wäre, und es fordert das Verbrechen sofort seine normale Wiederaufhebung durch die Strafe. Bei beiden Ausschließungsgründen wird insbesondre noch die Frage aufgeworfen, ob ein Staat die in einem andern Staate erfolgte Verfügung anzuerkennen habe? Nach den oben (§. 192) aufgestellten Grundsätzen könnte diese Frage nur bei einem Ausländer praktisch werden, der im Inland delinquirt und dafür im Auslande Bestrafung erlitten hätte. Denn den Inländer, der im Auslande frevelt, hat das Inland nur im Namen des auswärtigen Staats zu strafen, woraus von selbst folgt, daß von einem strafrechtlichen Einschreiten im Inlande nicht mehr die Rede seyn kann, wenn ein solches schon im Auslande erfolgt ist. Im erstgedachten Falle aber muß ohne Zweifel der strafberechtigte Staat das ausländische Erkenntniß, sobald es nur auf gesetzmäßigem Wege ergangen ist, anerkennen, da der Umstand, daß ein andrer Staat in sein Recht eingegriffen hat, ihn in keinem Falle berechtigen kann, gegen den Verbrecher eine empörende Ungerechtigkeit zu begehen [2]). Und zwar bleibt dieser Grund auch dann in Kraft, wenn der

---

1) Lb. §. 415 Anm.

2) Abegg a. a. O. Marezoll S. 158. not. 6. vgl. Abegg N. Arch. 1834. S. 145. ff. 424 ff.

Verbrecher nach der Ansicht des strafberechtigten Staats mit Unrecht freigesprochen oder zu gelind bestraft worden ist (weil etwa das ausländische Gesetz die fragliche Handlung für erlaubt oder minder strafbar hält, absolut oder relativ). Daher kann auch die Ansicht von Heffter [1]) nicht gebilligt werden, der dem strafberechtigten Staate nur die Verbindlichkeit auferlegen will, die bereits auswärts vollzogene Strafe an der inländischen in Abzug zu bringen. Wird nämlich einmal so viel anerkannt, so ist es inkonsequent, nicht weiter zu gehen, da es doch wohl des Staates würdiger ist, die ausländische Strafe, wenn er sie überhaupt beachtet, in ihrem absoluten Wesen, als in ihrer zufälligen Beziehung auf sein Gesetz aufzufassen [2]). Uebrigens gehört das Nähere hierüber in den Strafproceß.

§. 217.

2) In der **Verjährung**, sofern die unendliche Macht der Zeit theils das Andenken der That oder wenigstens ihre verletzende Qualität aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein tilgen, theils die subjektive Tilgung des Verbrechens im Innern des Verbrechers mit sich führen kann, hiedurch aber der Zweck der Strafe, der eben die objektive Genugthuung für das im Gesetze ausgesprochene allgemeine Rechtsbewußtsein und mittelbar die subjektive Wiederaufhebung des Verbrechens im Innern des Verbrechers umfaßt, sich aufhebt. — Aus den Gründen der Verjährung folgt aber zugleich die Nothwendigkeit ihrer Unterbrechung theils durch solche Handlungen des Staats, welche zeigen, daß die Verletzung aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein noch nicht entschwunden ist, theils durch solche Handlungen des Subjekts, welche

1) Lb. §. 181. n. 2.

2) Ueber die richtigen Grundsätze des wirt. Rechts, s. Hufnagel II. N. 883. III. S. 34.

zeigen, daß sein Wille beharrlich dem Rechte widerstrebt, also durch gerichtliche Schritte gegen den Thäter und durch neue Verbrechen desselben. Da jedoch nach einer solchen Unterbrechung die Gründe, welche die Verjährung rechtfertigen, von Neuem wirksam werden (auch der subjektive, weil selbst der beharrlichste verbrecherische Wille sich bessern kann), so muß auch, wenn die Unterbrechung erfolglos geblieben ist, die Verjährung von Neuem beginnen. — Die Gründe der Verjährung sind ferner bei keinem Verbrechen ausgeschlossen, und deren verschiedene Größe verlangt nur verschieden bestimmte Zeiträume der Verjährung. Endlich ist es die Macht des (objektiven und subjektiven) Geistes, alle seine Negationen wieder aufzuheben; daher müssen durch die Verjährung alle kriminellen Folgen des Verbrechens getilgt werden [1]).

Anm. — Es ist zwar nicht richtig, wenn hie und da behauptet wird [2]), daß das Institut der Verjährung von allen Kriminalisten (wenn auch nur allen neueren) als ein nothwendiges anerkannt sei. Denn nicht nur giebt es solche, welche ihm bloß eine positiv-rechtliche Nothwendigkeit beilegen [3]), sondern auch solche, die es geradezu für absolut- oder doch relativ-verwerflich [4]) erklären. Aber auch die, welche es billigen, begnügen sich meist, politische Gründe dafür anzuführen [5]), oder erkennen zwar den objektiven, nicht aber auch den subjektiven Grund an [6]), die meisten endlich sprechen nur von der Verjährung der Untersuchung, nicht auch von

1) Wirth, Ethik II. S. 336—338.
2) Z. B. von Gönner in seiner Schrift gegen Oersted.
3) Z. B. Feuerbach §. 64.
4) S. die bei Mittermaier n. 2 zu Feuerb. §. 64 Angef., bes. Oersted, Bentham, Carmignani.
5) Thomasius, Böhmer u. A.
6) S. jedoch Koch, princ. j. cr. §. 972. Stelzer, Kriminalrecht §. 243.

der Strafverjährung [1]). Dagegen zeigt sich in den Gesetzgebungen das Bewußtsein der nothwendigen Forderungen des Begriffs weit entschiedener. Einmal ist das Institut der Untersuchungsverjährung dem römischen, wie dem gemeinen deutschen Rechte, unzweifelhaft eigen, wenn man auch auf die im älteren germanischen Rechte vorkommenden Spuren weniger Gewicht legen will [2]). Denn jedenfalls war es schon von den älteren italienischen und deutschen Schriftstellern durchaus anerkannt [3]), wenn gleich über die Gründe, welche dem positiven Rechte hiebei zu Grunde gelegen haben, Streit ist [4]). Sodann ist es von allen neueren Legislationen (die englische ausgenommen) anerkannt worden [5]); und zwar haben mehrere dieser neuen Gesetzgebungen mit Entschiedenheit nicht allein den objektiven, sondern auch den subjektiven Grund der Verjährung aufgenommen, wie namentlich das preuß. LR., das östr. und bairische, das sächs. und wirtemb. Gb. Endlich haben mehrere neueren Gesetzgebungen, wie namentlich wieder die wirtemb. und sächs. (s. auch den bad. Entw.) mit dem franz. Code auch die Strafverjährung anerkannt. — Die Einwendungen der besonneneren Gegner sind auch in der That nicht stichhaltig. So sagt z. B. Oersted [6]); a) gegen den objektiven Grund: durch die, wenn auch spät eintretende, Bestra-

---

1) Vgl. noch besonders Unterholzner, Verjährung II. §. 304 ff. Trummer krim. Beitr. III. 2. S. 237 ff. *Mangin*, Traité de l'action publ. en mat. crim. II. S. 101 ff.

2) N. Arch. X. S. 714. XIV. S. 191. not.

3) Heffter, §. 186. n. 2. Marezoll S. 164.

4) Wächter I. S. 265. 266.

5) Mittermaier, n. 3. 4 zu Feuerbach. §. 64.

6) Grundregeln rc. S. 471 ff. Vgl. Abh. II. S. 255—259. III. S. 293 ff.

fung werde die Wirksamkeit der Strafgesetze befördert, während sie durch die mittelst des Verjährungsinstituts zugesicherte Straflosigkeit in ihrer abschreckenden Kraft beeinträchtigt werden. Ueberdies sei es nicht richtig, daß durch die Zeit jedes Mal das Andenken an das Verbrechen ausgelöscht werde, um so mehr, da durch die endliche Entdeckung des Thäters die Erinnerung neues Leben erhalten könne. Allein es ist klar, daß das erstere Argument mit der Abschreckungstheorie, aus welcher es genommen ist, dahin fällt. Das letztere aber dürfte gerade derjenigen konstanten Ansicht widersprechen, aus welcher man bisher am allgemeisten die Verjährung rechtfertigen zu können geglaubt hat [1]). In der That handelt es sich aber theils nicht sowohl von dem empirischen Erinnern an die That, als davon, daß die Macht der Zeit ihre den allgemeinen Rechtsgeist verletzende Qualität im öffentlichen Bewußtsein allmälig austilgt, daß „nach Ablauf einer langen Zeit die That dem allgemeinen Rechtsbewußtsein als ein Fremdes, in welchem der allgemeine Geist nicht mehr sich verletzt fühlt, gegenübersteht," theils ist nicht davon die Rede, daß in jedem konkreten Falle diese Wirkung in 20 Jahren eintreten müsse, sondern nur, daß sie gewöhnlich in einem bestimmten Zeitraum eintrete und allerdings, unter den Bedingungen des endlichen Lebens, irgend einmal auch eintreten müsse. Ist aber dies der Fall, so kann es sich weiter nur davon handeln, daß die Gesetzgebung, die hier, wie überall, ein durchschnittliches Maß annehmen muß, die Verjährungsfrist richtig zu bestimmen sich bemühen soll, wofür es nun freilich kein absolutes Maß giebt, wohl aber eine Reihe von Anhaltspunkten zu Gebot stehen. Dagegen

1) Vgl. Hufnagel I. S. 291.

muß die Einwendung Oersteds gegen den häufig vorgebrachten Grund, daß durch den Zeitablauf der Beweis, insbesondere der Entschuldigungsbeweis erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht werde, als triftig anerkannt werden. Denn gewiß hat er Recht, wenn er sagt, für Verbrechen, deren Beweis nicht mehr möglich sei, bedürfe es keiner Verjährung, und die Behauptung selbst sei in ihrer Allgemeinheit unwahr. Eben daher ist es auch sehr unbesonnen, wenn viele Kriminalisten gerade nur auf diesen lockern Grund das Institut der Untersuchungsverjährung bauen, und etwa gar noch von demselben aus gegen die wahren Gründe derselben oder gegen das Institut der Strafverjährung polemisiren! b) gegen den subjektiven Grund der Verjährung führt Oersted an: so wenig wegen früheren guten Lebenswandels oder sonstiger moralischen Entschuldigungen die Strafe wegfalle, ebenso wenig könne der spätere gute Wandel die Strafschuld austilgen. Dieser Schluß ist aber verfehlt; denn, wenn allerdings der erste Theil der Behauptung ganz richtig ist, weil der frühere gute Lebenswandel an dem vor Augen liegenden Verbrechen und seiner Schuld nichts mindern kann, so folgt daraus doch nicht, daß der Verbrecher nach begangenem Verbrechen sich nicht bessern und nach Ablauf längerer Zeit, wie die Wirt. Motive sagen, als ein völlig umgewandelter Mensch dastehen könne. Wenn nun die Frage ist, ob ein solcher noch gestraft werden solle, so ist die Meinung bei der Verneinung der Frage nicht die, daß derselbe wegen seines Wohlverhaltens belohnt, daß das rechtliche Moment dem moralischen zum Opfer gebracht werden solle; sondern nur die, daß der eine Zweck der Strafe in diesem Falle nicht mehr vorhanden, daß er durch die unendliche Macht der Zeit, der alles Endliche unterliegt,

bereits erfüllt worden sei, daher nicht jetzt noch erfüllt zu werden brauche, wobei noch wohl zu beachten ist, daß, wie dieser subjektive Zweck der Strafe nicht ihr einziger oder überwiegender ist, so auch dieser subjektive Grund der Verjährung nicht als ihr einziger oder überwiegender geltend gemacht wird. Wenn Oersted ferner auf das Problematische des Beweises der Besserung aufmerksam macht, so hat er allerdings Recht, wenn er damit die moralische Besserung meint; allein von dieser ist ja, und kann vor dem Forum des Staats keine Rede seyn, dem es vielmehr an der Legalität genügen und der eine nicht offenbar gewordene Illegalität als Legalität hinnehmen muß. Mit Recht tadelt Oersted die noch vom bair. Gb. gemachte positive Forderung einer guten Aufführung, welcher neuere Gesetzbücher den richtigen negativen Ausdruck substituirt haben. Ebenso ist beizustimmen, wenn er es absurd findet, daß schon ein ganz geringes Vergehen die Verjährung unterbrechen soll [1]); allein auch hierin haben neuere Gesetzgebungen die Fehler der älteren theilweise verbessert. Dagegen ist die Behauptung, daß es Verbrechen von solcher Intensität gebe, daß ein späterer untadelhafter Wandel keinen Gegenbeweis gegen die verdorbene Gesinnung des Thäters geben könne, willkührlich und sich selbst widersprechend. Wenn endlich Oersted die Behauptung anficht, daß es im Interesse des Staats liege, durch die Aussicht auf Verjährung die Rückkehr zur Ordnung zu erleichtern, so kann ihm dieser politische Grund preisgegeben werden, weil es sich bei der ganzen Frage nur um das Recht, nicht um die Zweckmäßigkeit handelt. Wenn er aber dem ebengedachten Interesse das der Abschreckung entgegen-

1) Uebrigens hat man gerade die Vermeidung dieser Absurdität dem wirt. Gesetzbuch zum Fehler angerechnet.

setzt, so fällt er in denselben Fehler und zeigt nur, daß er den Kern der Frage über ihren Aeußerlichkeiten vergißt. — Ganz unzuläſſig ist es aber, wenn von andrer Seite gegen die neuen Gesetzgebungen in der Richtung polemisirt wird, daß man die Untersuchungsverjährung des gemeinen Rechts, aus irgend welchen seichten Gründen, für gerechtfertigt annimmt, und nun gerade den Fortschritt, dessen die moderne Legislation sich zu rühmen hat, ihr zum Vorwurf macht. Es liegt darin die Unfähigkeit, die Idee des Rechts von ihrer rechtsgeschichtlich-gestempelten Erscheinungsform zu unterscheiden, wenn nicht gar der doktrinelle Neid darüber, daß die Legislation hellere Augen hat, als die Schulgelehrsamkeit. Es stünde aber schlimm mit dem Institute der Verjährung im Strafrechte, wenn es weiter keinen Grund hätte, als das Bestreben, die Staatsbürger gegen chikanöse Processe zu sichern. Wenn dann insbesondere gesagt wird, eine verspätete Justiz werde stets einen übeln Eindruck machen, das Publikum werde murren, wenn es Jemanden für längst vergessene Jugendsünden darum noch büßen sehe, weil er in der Zwischenzeit eine siebenmonatliche Gefängnißstrafe zu erstehen gehabt habe, — so ist es doch höchst sonderbar, die Sache so anzusehen, als würde der Verbrecher im fraglichen Falle nur wegen des neuen Vergehens zum Märtyrer, und als wäre das Begehen neuer Verbrechen eben nur eine Art von Fatalismus, in den man gewissermaßen ohne Schuld verfallen könne, ganz abgesehen davon, daß das gemeine Recht, das als Muster vorgehalten wird, sogar unverjährbare Verbrechen kennt [1]), und daß ja auch das gemeine Recht eine Unterbrechung der Verjährung statuirt,

1) S. Mittermaier, not. 1 zu Feuerbach §. 65.

die ganz dieselben Folgen nach sich ziehen kann [1]). Auch verräth es wenig Konsequenz, hier der neuen Gesetzgebung Mangel an Humanität vorzuwerfen, und andrerseits wieder den höchst humanen Milderungsgrund wegen theilweisen Ablaufs der Verjährungszeit [2]) zu bemäkeln. Wenn ferner gesagt wird, solche Begriffe von Besserung, wie sie die fraglichen Gesetze involviren, müssen nothwendig das Volk verwirren, so ist dies eine gewiß ungegründete Furcht, da theils zur Einsicht des Unterschieds zwischen moralischer und juridischer Besserung kein Uebermaß von Scharfsinn gehört, theils dem gesunden Sinne des Volks die tiefe Wahrheit, die in der fraglichen Bestimmung der neuen Gesetzgebungen enthalten ist, ohne Zweifel viel näher liegt, als deren Kritiker [3]). Das einzige, was man in diesem Punkte aussetzen kann, ist dies, daß die neueren Gesetzgebungen schon durch minder bedeutende Vergehen die Verjährung unterbrechen lassen und daß, wenn sie hievon denn doch die bloßen Polizeivergehen ausschließen, der Uebelstand der hergebrachten begrifflosen Unterscheidung zwischen gerichtlichen und Polizeivergehen sich fühlbar macht [4]). — Mit vollem Rechte haben das sächs. und wirtemb. Gb. auch die Strafverjährung aufgenommen, indem die wirtemb. Motive ganz richtig sagen: auch hier treffen die beiden Gründe zu, daß das Andenken an das Verbrechen allmählig verschwinde und der ehemalige Verbrecher sich im Verlaufe der Zeit als ein ganz veränderter Mensch darstellen könne; wobei sie noch mit Recht darauf hinweisen, daß ja auch die Untersuchungs-

---

1) S. Heffter, §. 189. n. 9.
2) Wirt. Gb. Art. 113. Vgl. Mot. zum bad. Entw. S. 87.
3) Hepp, Komm. I. S. 935. 936.
4) Vgl. Oersted, Abh. III. n. 293 ff.

verjährung nach bereits gefälltem Erkenntniß laufe, falls dasselbe nicht eröffnet werden kann, welcher Fall von dem der Strafverjährung gewiß sehr unbedeutend differirt.

Die Frage, von welchem Zeitpunkte die Verjährung beginne, bietet bei einigen Verbrechen Schwierigkeiten dar, die besser im besondern Theile erörtert werden [1]). Ebenso kann hier die Frage, wie die Verjährungszeit zu berechnen sei, übergangen werden [2]); daß sie jedenfalls als tempus continuum zu nehmen sei, geht aus den oben angenommenen Gründen der Verjährung hervor, für die es gleichgültig ist, ob es dem Gerichte in der Zwischenzeit möglich war, seine Strafgewalt auszuüben, oder nicht [3]). Gleicherweise entscheidet sich aus dem Principe von selbst die Frage über die Unterbrechung der Verjährung und den nachherigen Wiederbeginn derselben, welche im gemeinen deutschen Rechte so sehr bestritten ist [4]).

Was endlich die Wirkung der Verjährung betrifft, so ist von der Untersuchungsverjährung allgemein angenommen [5]), daß sie alle strafrechtlichen Folgen des Verbrechens tilge, wobei nur darüber gestritten wird, ob ein verjährtes Verbrechen bei späterem Rückfall als Schärfungs- oder wenigstens als Straferhöhungsgrund zu berücksichtigen sei [6]). Zweifelhafter ist die Sache bei der Strafverjährung, indem man hier die Frage auf-

1) S. Bauer, Lb. §. 134. not. a. Mangin a. a. O. II. S. 161 ff. Hufnagel I. S. 300. 301. III. S. 648.
2) Wächter I. §. 126. n. 12. Heffter, §. 189.
3) Vgl. übrigens wirt. Gb. Art. 130. n. 3 und Abegg, Krit. des preuß. Entw. S. 222.
4) Wächter I. §. 126. n. 13. Mittermaier, n. 1 u. 3 zu Feuerbach §. 67.
5) Abegg §. 174. Heffter §. 190.
6) Mit Unterholzner II. S. 467 verneint dies das wirt. Gb. Art. 126 und die wirt. Praxis. Hufnagel II. S. 524. 534.

werfen kann, ob auch die nachtheiligen Folgen der Strafe für die Ehre durch die Verjährung getilgt werden sollen, während dieselben bei wirklicher Erstehung der Strafe dauernd an dem Schuldigen haften? Das wirt. Gb. Art. 129 verneint die Frage [1]), während der Entwurf sie bejahte. Es scheint aber der Entwurf hier den Vorzug zu verdienen, da die Vergleichung des Falls der Verjährung mit dem der Erstehung der Strafe überhaupt unzuläſſig, und die gegentheilige Bestimmung ein Widerspruch in sich selbst ist. Nur freilich sollte auch nach erstandener Strafe unter der Bedingung des Wohlverhaltens binnen einer bestimmten Frist eine restitutio famae gestattet seyn [2]).

III. Begnadigung.

§. 218.

Die §. 215 aufgewiesene Endlichkeit der gesetzgebenden und der richterlichen Gewalt setzt die Nothwendigkeit einer dritten, sie zur Einheit vermittelnden Gewalt, deren Bestimmung es ist, eben in den Fällen, wo jene Endlichkeit hervortritt, in's Mittel zu treten und die der Eigenthümlichkeit des Falls unangemessene Strafe des Gesetzes, von welcher die richterliche Gewalt nicht abweichen darf, aufzuheben oder zu mildern. Dieser Akt, die Begnadigung, zeigt sich wirklich als die wahre Vermittlung der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt, sofern sie einerseits, in der Anwendung des Gesetzes auf einen einzelnen Fall, eine vollziehende, andrerseits,

---

1) Verh. der wirt. Abg.-Kammer. Sitzung 23. S. 55—60. Oersted Abh. III. S. 307—309.

2) Vgl. die angef. Verh. Sitz. 11. S. 23—50, u. meinen Bericht darüber Hall. Jahrb. 1838. nr. 90.

in der Aufhebung oder Aenderung des Gesetzes, zugleich eine selbst gesetzgebende Thätigkeit ist. Eben darin, daß diese Einheit der Funktionen der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt in der Begnadigung liegt, beruht nun die Nothwendigkeit, daß das Recht dazu nur derjenigen Staatsgewalt zustehen kann, der es gerade zukömmt, die vermittelnde Einheit aller besondern Staatsgewalten darzustellen, d. h. dem Staatsoberhaupte. — Zugleich vollzieht sich aber in der Begnadigung eine weitere Vermittlung: die der beiden bisher erörterten Wiederaufhebungsweisen des Verbrechens, sofern in ihr, wie im Tode des Verbrechers und in der Verjährung, die Macht des Unendlichen hervortritt, aber nicht, wie dort, als ein objektiver Akt, sondern, wie in der Strafe, als ein durch das Medium der Subjektivität, nämlich durch das Staatsoberhaupt, als das Subjekt des unendlichen Willens, sich verkündender. — Eben hierin liegt die tiefe Bedeutung dieses höchsten Vorrechts, in welchem der objektive Gang des Staatslebens die Nöthigung empfindet, sich aus sich selbst heraus und in das Medium der subjektiven Sittlichkeit zurückzubewegen, damit die, in den objektiven Formen nicht zu realisirende, wahre Gerechtigkeit aus dem Gewissen des höchsten Willens in unendlicher Reinheit hervorgehe. In diesem Akte des höchsten Gewissens bethätigt sich der über den objektiv sittlichen übergreifende absolute Wille, der in seiner Unendlichkeit selbst reine Subjektivität ist, weshalb die Begnadigung das höchste, göttliche Recht des Staatsoberhaupts ausmacht. Denn sein Gewissen schaltet hier als absoluter Wille mit dem Recht und Wohl des Individuums; aber eben in dieser ungeheuren Macht liegt auch ihre ungeheure Verantwortlichkeit, die an kein Gesetz gebunden seyn kann, da ja eben in dem Gewissen des Regenten die Endlichkeit des Gesetzes ihre höhere Ergänzung finden soll. Indem aber gerade nur dies die Aufgabe der Begnadigung ist, so ist sie ihrem Begriffe nach

nichts, als die durch das Subjekt des unendlichen Willens sich realisirende, das Gesetz in seine Wahrheit verklärende, Idee der Gerechtigkeit selbst [1]).

Anm. — Die merkwürdige Polemik Kants (Metaph. Anfangsgründe S. 206) gegen das Begnadigungsrecht, das er nur beim Majestätsverbrechen zulassen will, erklärt sich aus seiner fehlerhaften Vorstellung vom Verbrechen als einer bloßen Läsion der Rechte einer Person [2]). Deshalb nämlich soll in Beziehung auf Verbrechen der Unterthanen gegen einander ein Nachlaß der Strafe nicht stattfinden können, weil dadurch das Recht des Verletzten auf die Strafe verletzt würde [3]). Wenn dies mit der falschen privatrechtlichen Auffassung des Strafrechts bei Kant zusammenhängt, so steht die weitere Bemerkung, — daß auch beim Majestätsverbrechen die Begnadigung nicht stattfinden dürfe, wenn durch Ungestraftheit dem Volk selbst in Ansehung seiner Sicherheit Gefahr erwachsen könnte, — mit der anderweitigen falschen Auffassung des Strafrechts als Sicherungsrechts in Verbindung, welche zwar von Kant nicht durchgeführt, aber in seiner gesammten Anschauung des Rechts und Staats überhaupt begründet ist. Andre Einwendungen [4]), die gegen das fragliche Recht gemacht worden sind, z. B. es beruhe auf der Voraussetzung, daß die Strafgesetze ihren Ursprung blos in dem Willen des Regenten, nicht in den Bedürfnissen des Volks und den Forderungen

---

1) S. Wirth Ethik II. S. 181—183. 319. Abegg L.B. §. 168. Oersted Grundregeln. S. 453—471.

2) Ebenso Bergk Uebers. des Beccaria I. S. 208. ff.

3) Vgl. dagegen Zachariä deutsches Staatsrecht. II. S. 210. 211.

4) Literatur bei Klüber Oeff. Recht, §. 378. u. Feuerbach §. 62. n. 6. Marezoll S. 167 n. 1. vgl. besonders Bayl Beitr. I. S. 122—144.

der Gerechtigkeit haben, — es benehme den Strafgesetzen ihre wohlthätige Kraft, vom Verbrechen abzuschrecken, und gebe das kostbarste Interesse der bürgerlichen Gesellschaft der Laune preis, — es führe zu Ungerechtigkeiten, indem es nicht gleichmäßig ausgeübt werde, — es schwäche die Achtung des Volks für die Rechtspflege und sein Vertrauen zu der unpartheiischen Handhabung der Gerechtigkeit ohne Ansehen der Person, — sind theils geradezu verkehrt (wie die erste und die von der Abschreckungstheorie hergenommene, der von Feuerbach [1]) umgekehrt der Satz entgegengestellt wird, daß die Begnadigung nöthig sei, um die abschreckende Autorität des Gesetzes aufrecht zu erhalten, wenn die volle Strenge des Rechts in Grausamkeit übergehen und dadurch moralischen Abscheu gegen das Gesetz oder Gleichgiltigkeit gegen dessen Strafe hervorbringen müßte, sowie er auch von dem Sicherungszwecke den weiteren, ganz treffenden, Rechtfertigungsgrund hernimmt [2]), daß das Begnadigungsrecht dazu diene, den rechtlichen Zustand gegen dringende Gefahren zu erhalten, gegen welche die Hilfe der ordentlichen Mittel mit Sicherheit nicht zu erwarten sei), theils sind sie im höchsten Grade oberflächlich, da sie nur die mißbräuchliche Anwendung, nicht das Recht selbst treffen, ja dessen Kern nicht einmal berühren [3]). Auch die neuerdings noch von Mittermaier u. A. [4]) vorgebrachten Bedenklichkeiten treffen nicht die Sache selbst, sondern nur ihren Mißbrauch, da es doch wohl keineswegs in der Idee des Begnadigungsrechts liegt, daß

1) L.B. §. 63 unter 3).
2) A. a. O. unter 2).
3) Oersted a. a. O. 454. 455.
4) N. 1 zu Feuerbach §. 63. Trummer Beitr. zur Phil. S. 186. Zirkler in Weiske's Rechtslex. H. V. S. 802.

es zur Möglichkeit seiner Ausübung eine an und für sich ungerechte und unvernünftige Strafgesetzgebung voraussetze[1]), und ebenso wenig die Idee des Rechts der Mißbrauch seiner ungleichmäßigen Ausübung angemessen ist. Zwar liegt nun der wahre Grund des in Rede stehenden Rechts auch nicht in den vorhin namhaft gemachten Gründen Feuerbachs; wohl aber führt dieser selbst[2]) auch den allein richtigen an, wie ihn denn auch die meisten neuern Kriminalisten anerkennen. Nur freilich genügt es nicht, wenn man sich meistens nur auf die „endliche Unvollkommenheit irdischer Gesetzgebung, deren Ideal nun einmal nicht realisirt werden könne," beruft, da vielmehr aus dem Wesen der Gesetzgebung selbst und dem Wesen ihres Verhältnisses zur richterlichen Gewalt die Nothwendigkeit der Schranke hervorgeht, woraus das Bedürfniß einer höheren, vermittelnden Gewalt entspringt. — Schon oben war mehrfach davon die Rede, daß es gewisse konstante, einen Begnadigungsakt rechtfertigende, Verhältnisse gebe, bei welchen nichts im Wege stehe, das Recht dazu im Wege der Gesetzgebung zu delegiren. Die Frage ist nur, ob dies sich eben in denjenigen Fällen billigen lasse, wo das positive Recht es vorschreibt, besonders aus den blos politischen Gründen, um die Entdeckung eines Verbrechens oder die Verhinderung weiterer Nachtheile desselben, oder den Rücktritt von der Ausführung zu erleichtern, was wohl zu verneinen ist[3]). Denn, wenn auch der freie Akt der Gnade im konkreten Fall solcher Art sich rechtfertigen

1) Vgl. Marezoll S. 168. n. 5.

2) §. 63 unter 1); vgl. Marezoll S. 168. Oersted a. a. O. Zachariä Staats-R. II. S. 209—216. Abegg a. a. O. Roßhirt Entw. §. 70—72.

3) Heffter §. 185. n. 1. vgl. Marezoll S. 168. n. 1. vgl. Oersted S. 460. 461. Wirth II. S. 183.

lassen sollte, so ist es doch gewiß, wie Oersted richtig andeutet, höchst mißlich, aus einer höchstens im Nothfalle von der Regierung zu treffenden Veranstaltung eine allgemeine gesetzliche Regel zu machen, auf welche gerade die schlechtesten Subjekte sich eine feste Rechnung machen und darauf hin, während sie Andere boshaft in's Verderben locken, für sich selbst Straflosigkeit schon von den Gerichten ertrotzen können (welches letztere Abegg[1]) ohne Grund in Abrede stellt). Dagegen gehört hierher der oben erwähnte Fall der Verbrechenskonkurrenz, und ferner das, was Mittermaier[2]) n. 2. und 4 zu Feuerbach §. 63 erwähnt. In Verbindung nämlich mit dem bei der Verjährung und ihrem subjektiven Grunde Dargestellten rechtfertigt sich eine den Zweck der Besserung befördernde gesetzliche Festsetzung, wornach ein Strafgefangener, der sich eine Zeitlang gut aufgeführt hat, die Erlassung des Rests seiner Strafzeit fordern darf, resp. das Institut der Rehabilitation der Ehre, wornach entweder nach vorgängigem Verfahren durch einen besondern Gnadenakt, oder durch das Gericht selbst nach Ablauf einer bestimmten Zeit einem zu entehrender Strafe Verurtheilten Restitution soll ertheilt werden können[3]).

§. 219.

So wenig die Ausübung der Begnadigung an eine Norm gebunden werden kann, da sie vielmehr in der unbedingten Subjektivität des Gewissens ihr Gesetz hat, so gewiß liegt es doch in ihrem Begriffe, Grenzen zu haben, deren Ueberschreitung ihre Ausübung verwerflich macht. Diese Grenzen

1) L.B. S. 251 in der Mitte.
2) Zürcher G.B. Art. 39. Luzerner G.B. Art. 100.
3) Code d'instr. Art. 619 ff. Luzerner G.B. Art. 95. vgl. v. Jagemann N. Arch. 1838. S. 394.

können aber nur in ihrem Princip gegründet seyn, welches allein in der Gerechtigkeit liegt. Die Gnade soll das Gesetz in denjenigen Fällen ergänzen, in welchen seine Strenge dem Zwecke der Gerechtigkeit widersprechen würde. Der Zweck der Gerechtigkeit ist aber überhaupt der: das Besondere in seinem richtigen Verhältnisse zum Ganzen festzuhalten und, wenn es sich daraus losgerissen hat, wieder in dasselbe zurückzubringen, was bei Verbrechen dadurch geschieht, daß das in sich Richtige eben in dem Maße als nichtig behandelt wird, als es sich selbst negativ gesetzt hat. Der nächstliegende Fall für die Begnadigung ist nun a) der, wenn ein solches Richtiges vorliegt, die Gesetze aber selbst mit dem Minimum ihrer Strafe noch als zu streng dagegen erscheinen, wo es denn Sache der Gnade ist, auch dieses Minimum noch so weit zu mildern, bis das richtige Aequivalent für die konkrete Negativität des verbrecherischen Willens herauskommt. Ja, es kann der konkrete Fall solche für das allgemeine Gesetz unvorhersehbar gewesenen, mildernden Umstände mit sich führen, daß alle Strafe ungerecht erscheint. — Keineswegs führt übrigens dieses Recht auch umgekehrt zu der Annahme eines Strafschärfungsrechts des Regenten, falls die gesetzliche Strafe in ihrem Maximum als nicht genügendes Aequivalent für die konkrete Negation erschiene. Denn letzteres ist gar nicht möglich, da das Verbrechen wesentlich gesetzwidrige Handlung, die Strafe nur Genugthuung für das Gesetz ist, mithin eine über das Maximum des Gesetzes hinausgehende Negation zwar moralisch, aber nicht rechtlich möglich ist, jenes Maximum vielmehr die absolute Grenze für die objektiv-sittliche Gerechtigkeit bildet, während es mit dem Minimum der gesetzlichen Strafe sich umgekehrt verhält. Dem steht auch nicht die erwiesene Zulässigkeit gesetzlicher Strafschärfungsgründe entgegen, da diese Schärfungen eben noch innerhalb des Gesetzes liegen, mithin der Verbrecher vorher weiß, daß er in

solchem Fall ein intensiveres Verbrechen begeht und dem Gesetze stärkere Genugthuung geben muß. b) Es kann aber auch der Fall eintreten, daß die Strafe des Gesetzes nicht nur für den konkreten Fall zu hart, sondern daß ihre Vollstreckung dem höheren Zweck der organischen Erhaltung des Ganzen widersprechend wäre, — dann nämlich, wenn eine negative Krisis sich der großen Masse bemächtigt hat, deren Bestrafung nicht allein (eben wegen der Verbreitung der Gesinnung, woraus die Thaten hervorgegangen sind) relativ ungerecht seyn, sondern auch den Staat, statt ihn aus der Krisis herzustellen, in neue Gefahr bringen würde. c) Endlich kann es der Fall seyn, daß zwar die gesetzliche Strafe für die konkrete Schuld keineswegs zu streng, auch von ihrer Vollziehung keine Gefahr für das harmonische Leben des Ganzen zu befürchten ist, daß aber die konkrete Gestalt des Verbrechens (z. B. bei Räuberbanden ꝛc.) dem Staate schon die Aufsuchung und Ergreifung der Schuldigen so erschwert, daß es rathsam erscheint, einen schweren Zeit-, Arbeits- und vielleicht Menschenverlust zu sparen und den Zweck der Unterwerfung durch eine in Aussicht gestellte Begnadigung zu verfolgen, welche bewirkt, daß die Schuldigen einander verrathen.

Anm. — Der Grund a) ist der am allgemeinsten anerkannte [1]; die sehr wichtige Frage aber, ob nicht aus demselben Grunde auch ein Schärfungsrecht des Regenten für den entgegengesetzten Fall abgeleitet werden müsse, wird gewöhnlich übergangen, oder wenigstens an andrer Stelle abgehandelt [2]), wo dann die Verbindung

1) Kleinschrod Syst. Entw. II. §. 110. Feuerbach §. 63. Oersted S. 456–458. Marezoll S. 168. Mohl Wirt. Staatsr. I. S. 42.

2) S. z. B. Wächter I. S. 202. n. 55.

mit der vorliegenden Frage nicht gehörig hervortritt [1]). Die Sache ist aber um so bedeutsamer, als nicht etwa nur die (bei Wächter angef.) älteren Schriftsteller, neben andern abenteuerlichen Vorrechten, dem Regenten auch das der Strafschärfung zutheilten, vielmehr noch neuerdings von Maurenbrecher [2]) zwar dieses Recht verworfen, dagegen das Recht, mit Umgehung der Gerichte und Auslassung der gewöhnlichen Proceßformen Strafbefehle zu erlassen, so oft es das öffentliche Wohl erfordre, dem Regenten zugesprochen wurde. — Uebrigens ist es wieder eine bestrittene Frage, ob auch der Begnadigungsgrund, der aus den ausgezeichneten Verdiensten des Schuldigen und der Hoffnung, welche sich der Staat von seinen vorzüglichen Eigenschaften machen kann, hergenommen wird, zulässig sei? Oersted [3]) bejaht die Frage, falls es sich nicht von groben und schändlichen Verbrechen handle. Allerdings ist hier die Grenze zwischen dem Gebiete der rechtlichen und moralischen Rücksichten eine schwer, ja wohl unmöglich mit Bestimmtheit zu ziehende, wie denn auch hier Alles dem Gewissen des Staatsoberhaupts anheimgestellt bleiben muß. Man wird daher nur mit Mohl [4]) sagen können, der Regent dürfe auch dann, wenn die sittliche Persönlichkeit des Verurtheilten eine mildere Behandlung erlaube, Strafwürdigkeit und Strafe in ein billiges und kluges Verhältniß setzen. — Der Grund b) ist auch von solchen anerkannt, die sonst Gegner des Begnadigungsrechts sind, z. B. von Kant [5]). Endlich darf auch der Grund

---

1) Das Richtige trifft Kleinschrod Syst. Entw. II. §. 112. 113.
2) S. dagegen Zachariä Deutsch. Staats-R. II. S. 215. 216.
3) Grundregeln S. 461. 462.
4) A. a. O.
5) S. Oersted a. a. O. S. 458—460.

c) nicht unbedingt ausgeschlossen werden [1]; jedenfalls fallen, wenn hier stets ein specieller Begnadigungsakt erfordert wird, die meisten der Einwendungen weg, welche gegen eine für derartige Fälle ein für alle Male zugesicherte Begnadigung erhoben werden können. Treffend sagt Oersted: „So wichtig auch die strenge Beobachtung der Strafgesetze für die bürgerliche Gesellschaft ist, so kann doch nicht mit Fug angenommen werden, daß jede andre Betrachtung derselben weichen müsse, daß alles Andere, was dem Volke theuer und wichtig seyn kann, aufgeopfert werden müsse, damit kein erwiesener Uebertreter der Strafe entgehe, welche das Gesetz einmal für seine Uebertretung ausgesprochen hat, und am allerwenigsten kann man, ohne den gesunden Sinn zu verläugnen, behaupten, daß der Staat sein Dasein auf's Spiel setzen müsse, um ein Strafgesetz aufrecht zu erhalten, welches in dem gegebenen Falle nicht ohne Gefahr für den Staat, dessen Sicherheit doch das Ziel der Strafgesetze ist, durchgeführt werden kann [2].“ — So wünschenswerth es nun aber ist, daß die Ausübung dieses höchsten Vorrechts, besonders wo es sein Motiv in Umständen sucht, die nicht unmittelbar mit der begangenen That selbst zusammenhängen, keinem — stets gefährlichen — Mißbrauche unterliegen möge [3], so wenig ist es doch möglich, hier eine gesetzliche Schranke zu ziehen, da die Gründe für die Ausübung des Rechts lediglich dem Gewissen des Regenten anheimgestellt bleiben müssen, und von ihm nicht einmal die Angabe derselben verlangt werden kann, daher denn auch die Bestimmungen einiger

1) Oersted S. 460. 461.
2) Ders. S. 462. 463.
3) Mohl a. a. O. und die dort angef. Schriften von Machiavelli, Beccaria u. Filangieri.

Verf.-Urkunden in dieser Beziehung sehr allgemein haben ausfallen müssen [1]). Natürlich kann auch eben deshalb in konstitutionellen Staaten der Justizminister für die gedachte Ausübung nie verantwortlich gemacht werden. Nur soviel läßt sich allerdings gesetzlich als Schranke festsetzen, daß der Regent, wenn er blos die Strafe mildern will, eine in den Gesetzen anerkannte Strafart, und zwar nach Maßgabe der gesetzlich firirten Skala der Strafarten zu wählen habe [2]). Außerdem liegt auch darin wenigstens eine sichernde Bestimmung, wenn grundgesetzlich vorgeschrieben ist, daß der Regent, ehe er das Vorrecht ausübe, immer ein Gutachten des erkennenden Gerichts einzufordern habe [3]). Von selbst versteht sich endlich, daß die Form der Ausübung nie den Schein eines richterlichen Ausspruchs involviren, daß also namentlich der Regent nie freisprechen oder (wo diese zweideutige Urtheilsform noch anerkannt ist) von der Instanz absolviren darf [4]).

§. 220.

Weil die Begnadigung keinen andern Zweck, als den der Gerechtigkeit hat, so ist sie auch an keine Zeit gebunden, wie sie denn zwar in dem Falle a (§. 219) erst nach erfolgtem Urtheilsspruch eintritt, dagegen in den Fällen b und c nothwendig die Form der Abolition oder Amnestie haben muß, welche schon vor der gerichtlichen Untersuchung eintreten theils müssen, theils können. Schon deshalb nun, weil es unter Umständen zum Besten des Ganzen nothwendig seyn kann, schon den Anfang einer Untersuchung zu verhin-

1) Wirt. Verf.-U. §. 97. Kurhessische §. 126.

2) Nach Wirt. Recht kann er mit Einwilligung des Schuldigen auch eine andere wählen. Hufnagel I. S. 285–287.

3) Wirt. Verf.-Urk. a. a. O.

4) Zachariä a. a. O. S. 214.

dern oder eine begonnene niederzuschlagen, erscheint die Begnadigung auch in der Form der Abolition unentbehrlich, obgleich ihre Ausübung hier dem Mißbrauche ganz besonders ausgesetzt ist. Insbesondere kann aber auch die Begnadigung erst während der Erstehung der Strafe eintreten, wenn nämlich zwar zur Zeit der Verurtheilung die gesetzliche Strafe in ihrem vollen Maße gerechtfertigt war, durch die eingetretene Besserung aber ihre Fortdauer als zwecklos erscheint.

Anm. — Es ist nicht zu läugnen, daß der Abolition mehr politische und rechtliche Bedenken [1]) entgegenstehen, als der Begnadigung im e. S., daher auch einige Verfassungs-Urkunden sie ausschließen [2]). — Insbesondere könnte es scheinen, als ob dem angeklagten Bürger ein unbedingtes Recht auf den gerichtlichen Spruch zuerkannt werden müsse, und als ob dieses Recht durch die mit der Abolition gewährten Vortheile [3]) nicht aufgewogen werde [4]). Allein erstere Behauptung wäre nur dann richtig, wenn die Gnade dem Recht als bloß subjektive Willkühr entgegenstünde, wogegen sie als die objektivste Gerechtigkeit aufgefaßt werden muß. (Da dies auch Abegg thut, so ist seine Verwerfung der Abolition ohne Grund). Jedenfalls muß aber der im Paragraphen angeführte Grund für die Anerkennung des Abolitionsrechts genügen [5]). Nur ist es passend, das Abolitionsrecht, das an und für sich gleichfalls dem Gewissen des Staatsoberhauptes anheimgestellt bleiben muß, noch mehr, als die Begnadigung im e. S., mit sichern-

1) S. Kleinschrod. Syst. Entw. II. S. 294. Spangenberg. N. Arch. XIII. S. 355 ff. Abegg, Lb. S. 249.
2) Z. B. Bair. Verf.-Urk. Tit. 8. §. 4.
3) Mohl a. a. O.
4) Marezoll, Lb. S. 170. n. 2.
5) S. auch Oersted, S. 463. 464. Zachariä a. a. O. S. 212.

den Formen zu umgeben, namentlich also seine Ausübung durch ein anrathendes Gutachten des (hiefür dann natürlich verantwortlichen) Justizministers [1]), oder durch ein Gutachten des höchsten Gerichts [2]) zu bedingen. —

§. 221.

Die Begnadigung ist aber endlich bei allen Verbrechen möglich und kann sich auf alle strafrechtlichen Folgen derselben erstrecken, jenes, weil bei allen Verbrechen eine innere Aufhebung der sittlichen Negation durch die unendliche Macht der Subjektivität möglich, hievon aber die Begnadigung nur der objektive Ausdruck ist, — dieses, weil nach innerer Aufhebung des Verbrechens die Fortdauer der äußeren Strafe als wesen- und zwecklos erscheint. Was von den strafrechtlichen Folgen gilt, das gilt jedoch nicht auch von den privatrechtlichen, gleichwie auch aus Gründen, die im Organismus der Staatsverfassung liegen, eine Beschränkung des Begnadigungsrechts (besonders in der Form der Abolition) in Beziehung auf Dienstverbrechen der Staatsdiener oder Verfassungsverletzungen sich rechtfertigt. Endlich folgt aus dem Wesen der Begnadigung, als eines Akts lauterer Gerechtigkeit, daß einerseits die Ertheilung der Gnade nicht durch ein Gesuch des Angeschuligten bedingt, andrerseits ihre Ausführung nicht von der Einwilligung des Letzteren abhängig seyn kann.

Anm. — Der Satz, daß die Begnadigung bei allen Verbrechen möglich sei und auf alle strafrechtlichen Folgen derselben sich erstrecken könne, erlitt im gemeinen deutschen Rechte verschiedene Beschränkungen, die im modernen Staate nicht mehr festgehalten werden sollten. Sonderbar ist es übrigens, im römischen Rechte [3]) neben

1) Wirt. Verf.-Urk. §. 97.
2) Braunschw. Landsch.-Ordnung. §. 208.
3) Marezoll, bürgerl. Ehre. S. 78 ff. 261 ff.

der schrankenlosen Dispensationsbefugniß des Regenten, vermöge deren er sogar in rechtshängige Streitsachen willkührlich eingreifen und sie im Widerspruch mit dem Gesetze beendigen konnte, den Grundsatz zu finden, daß bei gewissen Verbrechen die Begnadigung (der Theorie nach) ganz ausgeschlossen seyn solle. Eben so wenig sind aber wohl die unendlich vielen Abstufungen der Gnade zu billigen, wie sie aus dem römischen Rechte sich herschreiben, obgleich an sich nichts dagegen zu sagen ist, wenn die Begnadigung nach den Momenten des Falls in verschiedenem Maße ertheilt, wenn namentlich in Beziehung auf die bürgerlichen Ehrenrechte hier eine weise Mäßigung gebraucht wird [1]). Daß jedenfalls die Begnadigung die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens nicht aufheben könne, ist allgemein anerkannt. Dagegen wäre es sehr am Platze, wenn neuere Gesetzgebungen bestimmte Normen über die strafrechtlichen Folgen der Begnadigung treffen wollten, um die jedenfalls ärgerlichen und der Würde der Sache nicht zuträglichen Streitigkeiten über die Auslegung der Begnadigungsdekrete zu vermeiden [2]) (in dieser Rücksicht waren die römischen Bestimmungen nicht zu tadeln), insbesondre auch darüber zu entscheiden, ob ein Verbrechen, hinsichtlich dessen Begnadigung erfolgt ist, beim Rückfall mit berücksichtigt werden soll, oder nicht [3]). — Wenn nun aber als Princip aufgestellt wird, daß die Gnade die Macht haben müsse, alle strafrechtlichen Folgen des Verbrechens zu tilgen, und daß kein Verbrechen davon ausgeschlossen seyn könne, so ist damit nicht gesagt,

---

1) Hufnagel, Komm. I. S. 287.
2) Heffter §. 184. n. 8—10.
3) Das wirt. Recht entscheidet hier anders, als bei der Verjährung. Hufnagel I. S. 274. Vgl. Abegg, N. Arch. 1834. S. 445.

daß nicht aus staatsrechtlichen Gründen Ausnahmen stattfinden könnten, die übrigens nur scheinbare Ausnahmen sind, weil es sich hier von der Begnadigung, nicht im Sinne eines Akts der Gerechtigkeit, sondern im Sinne eines partheilichen Aktes handelt [1]). In dem Wesen eines Staatsverfassungsorganismus liegt nämlich die Forderung eines eigenthümlichen (daher am besten auch formell ganz von den gewöhnlichen Gerichten abgesonderten) Staatsgerichts, das die Bestimmung hat, Verfassungsverletzungen und Amtsmißbräuche von Seiten der höchsten Staatsbeamten, insbesondere derer, welche die Verantwortlichkeit für die Handlungen des Centralwillens im Staate übernehmen, zu bestrafen. Es ist klar, daß in Beziehung auf solche Straffälle der Regent relativ als partheilich gelten und deßhalb sein Begnadigungsrecht beschränkt seyn muß, daher die Bestimmungen solcher Verfassungs-Urkunden, welche das Gegentheil festsetzen (wie die französische, niederländische, bairische, badische rc.), nicht für richtig gehalten werden können. Andrerseits aber ist das Staatsoberhaupt in solchen Straffällen eben auch nur relativ Parthei, soweit es sich nämlich in dem angeklagten Beamten, als seinem Organe, als Exekutivgewalt im Gegensatze zur gesetzgebenden befindet. Deshalb muß allerdings, soweit es sich von der Strafe der Amtsentsetzung handelt, die Begnadigung überhaupt, ja selbst die spätere Wiederanstellung des Angeklagten (soweit sie nicht etwa im Urtheile vorbehalten war) ausgeschlossen seyn. Denn es ist offenbar, daß im Gegentheile der Regent es in der Hand hätte, die ganze Wirksamkeit des Staatsgerichts und folgeweise der gesetzgebenden Gewalt selbst zum leeren Scheine herabzusetzen. Eben daher darf auch

1) S. die Schrift von Mohl über die Ministerverantwortlichkeit.

in solchen Fällen Abolition unter keinen Umständen erfolgen. Dagegen liegt es auch wieder im Wesen eines organisch-konstituirten Staats, daß hier der Regent unter keinen Umständen eine bloß partheiliche Stellung haben kann, und in der That steht auch in den fraglichen Fällen einer Begnadigung in Beziehung auf alle andern, das Amtsverhältniß des Schuldigen nicht unmittelbar berührenden, Strafen um so weniger etwas im Wege, als einerseits der Hauptzweck des Staatsgerichts wesentlich der ist, die amtliche Thätigkeit des Schuldigen als nichtig zu bezeichnen, andrerseits eben bei solchen Verbrechen der Persönlichkeit des Schuldigen sehr intensive Milderungsgründe zu Statten kommen können. Deshalb ist wohl auch das andre Extrem, wie es das englische und nordamerikanische Staatsrecht enthält, daß nämlich in solchen Fällen die Begnadigung ganz ausgeschlossen seyn soll, gleichfalls nicht zu billigen. Einen sehr richtigen Mittelweg geht hier die wirt. Verf.-Urkunde. Ueber den Satz endlich, daß die Wirksamkeit der Begnadigung durch den Verzicht des Begnadigten nicht ausgeschlossen werden könne, sind wohl die meisten Kriminalisten jetzt einig [2]), wie er denn auch in gesetzgebenden Versammlungen ausgesprochen und in Reskripten bestätigt wird [3]). Eine eigene Ansicht war im Cod. jur. Bav. crim. v. J. 1751 aufgestellt, sofern dieser zwar für die Regel nach dem irrig angewandten Grundsatz: beneficia non obtruduntur entschied, dagegen

1) Wirt. Verf.-Urk. §. 205., ebenso die Meiningische §. 106.

2) S. besonders Oersted S. 464—471. Trummer, Beitr. zur Phil. d. Rechts. S. 195. Heffter, §. 184. n. 7. Marezoll, S. 170. Wächter, I. S. 262. n. 8. Zachariä, D. Staats-R. II. S. 215. Mohl, wirt. Staats-R. I. §. 42. A.M. Roßhirt, Entw. S. 423.

3) S. Mittermaier n. 5 zu Feuerbach §. 63.

bei Leibes- und Lebensstrafen eine Ausnahme machte, weil „über sein Leib und Leben Niemand uneingeschränktes Eigenthum und Herrschaft besitze.“

Nachdem der erste Theil das Verbrechen und die Strafe an sich abgehandelt hat, so wären denn im zweiten Theile die Verbrechens- und Strafarten darzustellen.

Da jedoch die Ausführung des ersten Theils einen größeren Raum eingenommen hat, als daß sich hier der zweite noch in dem ihm gebührenden Umfange anschließen könnte, — da ferner der dritte Theil des Systems, welcher den Strafproceß zu enthalten hat, ohnedies von der gegenwärtigen Darstellung ausgeschlossen bleibt, so schien es gerathen, hier den Band zu schließen, um so mehr, als es zweckmäßiger seyn dürfte, den zweiten Theil des Systems unmittelbar mit der geschichtlichen Darstellung der Verbrechens- und Strafarten des positiven Rechts zu verflechten, welche einem zweiten Bande vorbehalten bleibt.



